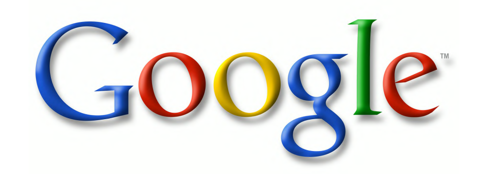
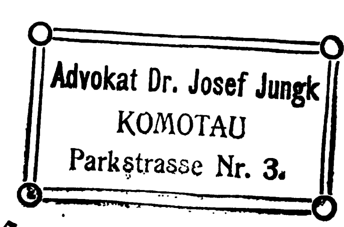













# Sammlung

von

# Civilrechtlichen Entscheidungen

des

## k. k. obersten Gerichtshofes.


Herausgegeben

von

**Dr. Julius Glaser, Dr. Joseph Unger**

und

**Joseph v. Walther.**


**Neunter Band.**

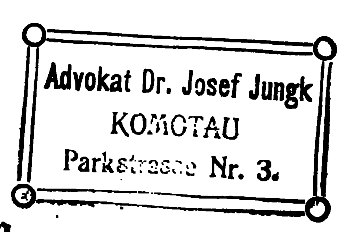
Zweite Auflage.


**Wien.**

**Druck und Verlag von Carl Gerold's Sohn.**

1879.






# Sammlung

von

# Civilrechtlichen Entscheidungen

des

## k. k. obersten Gerichtshofes.

Herausgegeben

von

Dr. Julius Glaser, Dr. Joseph Unger

und

Joseph v. Walther.

Neunter Band.

Zweite Auflage.

Wien.

Druck und Verlag von Carl Gerold's Sohn.

1879.

# 1871.

## Nr. 4004.

### Klage auf Alimentations- und Entbindungskosten: Beweislast rücksichtlich der Leistungsfähigkeit des unehelichen Vaters. Frist für die Verjährung des Anspruchs auf Ersatz der Entbindungskosten.

**Entsch. v. 4. Jänner 1871, Nr. 5654 (Best. des Urth. des B. G. Littau v. 19. Sept. 1869, Nr. 2673, Abänd. des Urth. des O. L. G. Brünn vom 25. Jänner 1870, Nr. 5). G. H. 1871, S. 90.**

Die A hatte in der gegen B, den Vater ihres unehelichen Kindes, angestellten Paternitätsklage auch den Ersatz der von ihr bis zum Klagetage bestrittenen Alimentationskosten und nach §. 1328 a. b. G. B. die Zahlung der Kosten der Entbindung und des Wochenbettes begehrt. Diese Forderungen wurden in erster Instanz unbedingt abgewiesen. — Das O. L. G. hingegen verurtheilte den Beklagten zur Zahlung der erwähnten Alimentationskosten unter der Bedingung des bereits in erster Instanz für den Anspruch des Kindes auf die Alimente seit dem Klagetage zugelassenen Eidbeweises der Beiwohnung während der kritischen Zeit und zum Ersatz der Entbindungs- und Wochenbettkosten gegen den ebenfalls durch den Haupteid zu erbringenden Beweis der Verführung.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Erkenntniß. Gründe: Da die Klägerin für den von B widersprochenen Umstand, daß derselbe zur Zeit, in welche die von ihr bestrittene Verpflegung des Kindes fällt, in der Vermögenslage gewesen sei, diese Kosten zu bestreiten, keinen Beweis beigebracht hat, vielmehr das Gegentheil daraus erhellt, daß die Klägerin ihn als einen damals noch minderjährigen und in seiner eigenen Subsistenz von seinen Eltern abhängigen Sohn eines Grundbesitzers bezeichnete, so war sie selbst als Mutter des Kindes zu dessen Alimentation verpflichtet und ist daher nicht berechtigt, für die Erfüllung ihrer eigenen gesetzlichen Verbindlichkeit von dem B den Ersatz anzusprechen. — Was die Kosten der Entbindung und des Wochenbettes betrifft, so ist die Ersatzforderung — ganz abgesehen davon, daß die Behauptung der Klägerin, von B durch das Eheversprechen verführt worden zu sein, bei der Minderjährigkeit des Letzteren und bei der nach ihrer eigenen Angabe durch einen längeren Zeitraum fortgesetzten Beiwohnung wenig Anspruch auf Glaubwürdigkeit machen kann — als eine Entschädigungsforderung

durch die von B nach §. 1489 a. b. G. B. eingewendete Triennalverjährung erloschen, da der Schade bereits im Jahre 1861 entstanden und die Klage erst im Jahre 1869 angebracht worden ist.

---

## Nr. 4005.

### Klagbarkeit der mündlichen Zusage eines Heiratsgutes: Legitimation des Ehemannes ohne Mitwirkung der Frau; Beweislast bezüglich des Fortbestandes der Ehe. — Qualificirtes Geständniß.

**Entsch. v. 4. Jänner 1871, Nr. 6563 (Best. des Urth. des B. G. Prag vom 16. Nov. 1869, Nr. 25100, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag v. 25. Mai 1870, Nr. 5169). G. H. 1871, S. 194.**

Die Klage des A gegen B puncto Herausgabe von zwei auf je 400 fl. lautenden Tratten war darauf gegründet, daß B dem A vor der mit der Ziehtochter des Beklagten geschlossenen Ehe das von A angenommene Versprechen geleistet habe, die eingeklagten Wechsel nach der Ehe demselben als Zugabe zum Heiratsgute zu übergeben. Zum Beweise deferirte A dem B hierüber den Hauptеid. Der Beklagte hingegen erklärte und erbot sich, durch den dem Kläger aufgetragenen Haupteid zu beweisen, daß er die Uebergabe der Wechsel nur für den Fall der Zustimmung seiner Frau, als Mitgläubigerin der Wechselforderungen, versprochen habe. — Das Gericht erster Instanz verurtheilte den B nach dem Klagebegehren, wenn dem A der Beweis durch den Haupteid über das Klagefundament gelingt. — Das O. L. G. aber erkannte, daß B nur dann die Wechsel auszufolgen habe, wenn ihm der mittelst des Haupteides angebotene Beweis, das Versprechen der Uebergabe der Wechsel unter der obenerwähnten Bedingung geleistet zu haben, fehlschlagen, dagegen A den in erster Instanz zugelassenen Beweis erbringen würde. Die übrigen Einwendungen des Beklagten, von denen später die Rede sein wird, wurden von beiden Gerichten abgewiesen, weshalb derselbe die außerordentliche Revisionsbeschwerde ergriff. Der Kläger verlangte mit der ordentlichen Revisionsbeschwerde die Bestätigung des erstgerichtlichen Erkenntnisses.

Der oberste Gerichtshof verwarf die Beschwerde des Beklagten und bestätigte nach dem Begehren des Klägers die Entscheidung der ersten Instanz. Gründe: Beide Untergerichte haben die Einwendungen des Beklagten a) daß der Kläger für sich allein — ohne Theilnahme seiner Gattin — zur Anstellung der Klage nicht berechtigt war, b) daß er das Bestehen der ehelichen Gemeinschaft mit seiner Gattin zur Zeit der Klageanstellung nicht bewiesen habe, c) daß das von ihm angeführte Versprechen des Beklagten, als ein blos mündliches Verspre-

chen, nicht klagbar sei, — mit recht zurückgewiesen. Denn ad a) der Umstand, daß auch der Ehefrau Rechte auf das Heiratsgut zukommen, kann den Ehemann nicht verhindern, das ihm vor der Ehe versprochene Heiratsgut zu fordern; ad b) da der Kläger dieses Recht mit Eingehung der Ehe erworben hat, so lag dem Beklagten der Beweis ob, daß der Kläger dasselbe durch eine nachgefolgte Thatsache — Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft — verloren habe; ad c) das von dem Kläger angenommene Versprechen des Beklagten, obgleich nur mündlich abgegeben, muß als ein klagbares erkannt werden, weil der Vertrag über die Bestellung eines Heiratsgutes nach §. 1217 a. b. G. B. zu den Ehepacten gehört, für welche zur Begründung des Klagerechtes die schriftliche Form von dem Gesetze nicht gefordert wird, weil ferner der Vertrag, in welchem Jemand, ohne zur Bestellung eines Heiratsgutes verpflichtet zu sein, ein solches verspricht, nicht als eine Schenkung im Sinne des §. 938 a. b. G. B. angesehen werden kann, da das Heiratsgut nach §. 1218 ibid. zur Erleichterung des mit der ehelichen Gemeinschaft verbundenen Aufwandes gegeben oder versprochen wird, der Ehegatte das Eigenthum des in Geld, cedirten Forderungen und verbrauchbaren Sachen bestehenden Heiratsgutes nur auf die Dauer der Ehe, mithin nur auf so lange erwirbt, als er den mit derselben verbundenen Aufwand zu bestreiten hat, und nach Auflösung der Ehe mit dem Aufhören dieser Gegenleistung das Heiratsgut der Frau oder ihren Erben anheimfällt. Bei der Unstatthaftigkeit der besprochenen Einwendungen mußte das auf die unbedingte Abweisung der Klage gestellte Revisionsbegehren des Beklagten verworfen werden. Dagegen ist die Revisionsbeschwerde des Klägers im Gesetze begründet, weil mit dem von ihm hergestellten Beweise des ohne Vorbehalt geleisteten Versprechens der Uebergabe der Wechsel die Behauptung des Beklagten, daß er die Herausgabe derselben nur für den Fall der Zustimmung seiner Frau versprochen habe, widerlegt wäre, daher sein Beweis nicht relevant ist.

---

## Nr. 4006.

### Nullität der Feilbietung wegen unterbliebener Verständigung erst nach Bewilligung der Feilbietung eingetragener Pfandgläubiger?

**Entsch. v. 10. Jänner 1871, Nr. 195 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Gonobitz v. 14. Mai 1870, Nr. 2051 und 29. August 1870, Nr. 3829 und des O. L. G. Graz v. 9. Nov. 1870, Nr. 13717). G. H. 1871, S. 96.**

Nachdem das in Execution gezogene Grundstück des C bei der Zwangsversteigerung dem B zugeschlagen und das Meistgebot vertheilt worden war, erhob der erst nach Anordnung der Feilbietung intabulirte Pfandgläubiger A wegen unterbliebener Verständigung von

diesen Executionsacten die Nichtigkeitsbeschwerde, welche von dem O. L. G. in der Erwägung verworfen wurde, daß mit dem Hofdcr. v. 4. Juli 1794, J. G. S. Nr. 183, die Verständigung der nach eingeleiteter executiver Feilbietung zur Vormerkung gelangenden Gläubiger nur nach Thunlichkeit angeordnet wird, mithin aus der unterlassenen Verständigung eines erst später intabulirten Gläubigers ein Nullitätsgrund wohl nicht abgeleitet und geltend gemacht werden kann, und daß im gegenwärtigen Falle die Feilbietung durch die Zeitungsblätter gehörig kundgemacht, vor Monaten vollzogen und dagegen in der gesetzlichen Recursfrist keine Beschwerde angebracht worden ist, mithin die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde um so weniger berücksichtigt werden kann, als der Ersteher B aus der rechtskräftig gewordenen Feilbietung bereits Rechte erworben hat, die durch eine solche verspätete Beschwerde nicht alterirt werden können.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung aus deren Gründen.

---

## Nr. 4007.

### Tod des Eidespflichtigen vor Ablegung des Eides: Voraussetzungen, unter denen derselbe für abgelegt zu halten ist.

**Entsch. v. 10. Jänner 1871, Nr. 210 (Best. des das Decr. des H. G. Prag v. 12. Sept. 1870, Nr. 54952, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 24. Oct. 1870, Nr. 36861). G. Z. 1871, Nr. 10.**

Auf die Klage des A wider Carl und Maria B wurde die Letztere zur Zahlung für den Fall verurtheilt, als A mit dem ihr rückschiebbar aufgetragenen Haupteide bewiese, daß sie bei der mit A gepflogenen Abrechnung die eingeklagte Forderung ausdrücklich als richtig erkannt habe. Maria B trat den Eid an, starb aber vor der Eidestagfahrt. Nun bat C als Vertreter ihrer Verlassenschaft um die Entscheidung, daß der Eid als von ihr abgeschworen zu halten sei, indem er anführte, daß Maria B vor den Zeugen X und Y sich bereit erklärt habe, diesen Eid abzulegen, was durch die Unterschriften der genannten Zeugen auf der von der Maria B dem mitbeklagten Carl B ausgestellten Proceßvollmacht erwiesen sei, auf Grund welcher Carl B in der Duplik den aufgetragenen Haupteid für sie angenommen hatte, da in derselben Carl B zur Auftragung und Ablegung von Eiden ermächtigt war. — Das Gericht erster Instanz hat den Eid für abgeschworen erklärt. Von dem O. L. G. wurde das Gesuch des C abgewiesen. Gründe: Damit ein nicht abgelegter Eid nach dem Gesetze für abgelegt gehalten werden könne, muß er nach §. 233 a. G. O., Hofdcr. v. 15. Juli 1784 Nr. 317, 5. März 1795, Nr. 222, 26. April 1792, Nr. 10 J. G. S., gerichtlich angeboten oder die Schrift eigenhändig unterzeichnet oder rechtlich nachgewiesen

sein, daß der Vertreter der Partei in einer von dieser unterfertigten Species facti hiezu ausdrücklich begewaltet sei. Abgesehen nun davon, daß C mit einer Vollmacht zur Vertretung der Maria B'schen Verlassenschaft sich nicht ausgewiesen, daher in die Verhandlung ordnungsmäßig nicht eintreten konnte, wird das Begehren auf die dem Carl B angeblich von Maria B ertheilte Vollmacht zur Eidesauftragung und Eidesannahme gestützt. Carl B hat die Vollmacht beigebracht und in der Duplik den der B aufgetragenen Haupteid angenommen. Die Echtheit der Vollmacht wird von A bestritten und gegnerischerseits nicht erwiesen, weil auf den dem A über die Echtheit aufgetragenen Haupteid nicht abgegangen werden kann, da nicht angegeben wurde, daß A Kenntniß von der Namensfertigung besitze; allein, selbst wenn diese Vollmacht als echt erwiesen würde, wäre demungeachtet noch nicht dargethan, daß Carl B die Maria B zur Annahme des Eides in einer Fassung, von der sie nicht die geringste Kenntniß hatte, verpflichten konnte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz, weil die von einem Bevollmächtigten in einer Satzschrift oder mündlichen Rede geschehene Anbietung zum Eide die in einer von der Partei eigenhändig gefertigten Satzschrift geschehene Anbietung zum Eide, wie solche das Hofdcr. vom 4. März 1795, J. G. S. Nr. 222, fordert, nicht zu vertreten vermag, in dem vorliegenden Falle aber um so minder, als die von Maria B ihrem Gatten Carl B ertheilte Vollmacht — abgesehen von der bestrittenen Echtheit der Unterschrift — nicht auf den von Maria B abzuschwörenden Haupteid, sondern nur auf die Annahme von Eiden im Allgemeinen lautet, und weil endlich der Advocat der Maria B sich in einer von derselben unterfertigten Species facti, worin er zur Annahme des Eides begewaltet worden, nicht ausgewiesen hat, somit die Erfordernisse, unter welchen allein nach Zulaß des §. 233 a. G. O., dann Hofdcr. v. 26. April 1792, Nr. 10, und v. 5. März 1795, Nr. 222 J. G. S., ein Eid für abgeschworen zu halten ist, nicht vorhanden sind.

---

## Nr. 4008.

### Besitzstörung durch gerichtliche Pfändung?

**Entsch. v. 10. Jänner 1871, Nr. 250 (Best. des das Decr. des B. G. Wiznitz v. 26. August 1870, Nr. 5003, aufheb. Decr. des O. L. G. Lemberg vom 5. Oct. 1870, Nr. 28461). G. H. 1872, S. 258**

Die Besitzstörungsklage des A wider B war darauf gegründet, daß B wegen seiner Forderung an C, Hausherrn des Klägers, einen Vorrath von Branntwein, als vermeintliches Eigenthum des C, gerichtlich pfänden und versiegeln ließ, obgleich der Kläger sich als Eigenthümer und Besitzer des Branntweins vor dem Beklagten legi-

timirt hatte. — Das Gericht erster Instanz leitete das Verfahren in possessorio summariissimo ein und entschied sodann nach dem Klagebegehren. — Von dem O. L. G. wurde das Erkenntniß nebst der Verhandlung aufgehoben und die Zurückstellung der Klage an den A verordnet.

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Verordnung mit folgender Begründung: B hat den A in dem Besitze des Branntweins nicht eigenmächtig (§. 339 a. B. G. B.) gestört, da der Branntwein gerichtlich gepfändet worden ist. Die Gesetzmäßigkeit gerichtlicher Pfändungen kann aber eben deshalb, weil sie eine eigenmächtige Besitzstörung von Seite des Executionsführers nicht begründet, auch nicht in possessorio summariissimo angefochten werden.

---

## Nr. 4009.

### Summarisches Verfahren: Aufhebung des Verfahrens wegen ungenügender Klarstellung des Streitpunktes. — Unklarheit der Eidesformel.

**Entsch. v. 11. Jänner 1871, Nr. 7006 (Aufheb. der Urth. des B. G. Wildstein v. 23. Jänner 1870, Nr. 4839 und des O. L. G. Prag v. 12. April 1870, Nr. 10907). G. Z. 1871, Nr. 13.**

In der Rechtssache des Fabrikanten A wider die B wegen Zahlung von 16 fl. 20 kr. für von dem Kläger bezogene Waaren hat der oberste Gerichtshof aus den nachstehenden Gründen die Urtheile beider Instanzen aufgehoben und die Ergänzung der Streitverhandlung verordnet. „Die vorliegende Rechtssache kann, so geringfügig dieselbe auch ist, bei dem gegenwärtigen Stande der Verhandlung nicht mit Gründlichkeit entschieden werden. Beide Instanzen machen die Verfällung der Geklagten von dem Beweise des Umstandes abhängig, daß die Geklagte vom Kläger im Jahre 1862 Wollwaaren zu dem Preise von 16 fl. 20 kr. bezogen habe. Der Kläger hat der Geklagten den unrückschiebbaren Haupteid aufgetragen, daß sie im Jahre 1862 Wollwaaren im Preise von 16 fl. 20 kr. nicht bezogen habe. Das Gericht erster Instanz erkannte auf den rückschiebbaren Haupteid nach den Vorschriften der a. G. O., was schon deshalb unzulässig ist, weil ein rückschiebbarer Haupteid nicht aufgetragen wurde und die (im Urtheil ausgesprochene) Rückschiebbarkeit des Haupteides mit den Vorschriften über das summarische Verfahren, welches hier stattgefunden hat, ganz unvereinbar ist. Das O. L. G. hat zwar auf den unrückschiebbaren Haupteid erkannt, allein diesem Spruche steht das wesentliche Bedenken entgegen, daß der Ausdruck: „Jemand habe eine Waare bezogen", sowohl die Thatsache, daß der Besteller einer Waare dieselbe wirklich auch in Empfang genommen habe, als auch den Umstand bezeichnet, daß der

Verkäufer der bestellten Waare dieselbe auf eine solche Art abgesendet habe, daß dieselbe als übergeben angesehen werden könne. Welche von diesen beiden Thatsachen hier eintritt, ist aus der Verhandlung nicht zu entnehmen, da der Kläger erst in der Appellationsbeschwerde anführt, daß er die Waare mit der Post abgesendet habe, auf welche Angabe daher keine Rücksicht genommen werden kann, und andererseits in der Verhandlung nicht behauptet wurde, daß die Geklagte die Waare erhalten habe. Dieser Mangel ist hier wesentlich und hindert die gründliche Beurtheilung der Rechtssache, weil wohl über die Uebernahme der Waare, keineswegs aber über die Absendung derselben der Geklagten ein irreferibler Haupteid aufgetragen werden könnte. In dieser Richtung muß daher die mangelhafte Behandlung ergänzt, und der Kläger zunächst aufgefordert werden, anzugeben, auf welche von den angeführten Thatsachen er die Behauptung, daß die bestellte Waare als bezogen anzusehen sei, stützt, und auf welche Art er dieselbe zu beweisen vermeint."

---

## Nr. 4010.

## Theilung eines Hauses nach Stockwerken: Umfang und Wirkung derselben.

**Entsch. v. 11. Jänner 1871, Nr. 8876 (Best. des Urth. des B. G. Kaltern v. 29. Dec. 1869, Nr. 5254, Abänd. des Urth. des O. L. G. Innsbruck v. 16. Juni 1870, Nr. 657). G. Z. 1871, Nr. 61.**

Das Haus Nr. 68 ist nach Stockwerken zwischen A und B getheilt; der zweite Stock gehört dem B, der erste dem A. Das anstoßende Haus Nr. 69 gehört dem B allein, welcher, um eine Communication des zweiten Stockwerkes dieses Hauses mit dem zweiten Stockwerk des Hauses Nr. 68 herzustellen, beabsichtigte, den diese zwei Stockwerke trennenden Theil der Scheidemauer beider Häuser zu durchbrechen. Der Nachbar A protestirte dagegen und überreichte in Folge der Aufforderung des B die Klage, mit dem Begehren, zu erkennen, daß B zur Durchbrechung der Scheidemauer nicht berechtigt sei und den beabsichtigten Bau zu unterlassen habe. Die Klage war darauf gegründet, daß 1. nur die Benutzung einzelner Localitäten des Hauses Nr. 68 zwischen A und B physisch getheilt, das Eigenthum des Hauses selbst aber, namentlich die Hauptmauer, Hausthür, Hausflur, Vorsaal, Gewölbe, Latrine, Treppe, Dachboden und Dach, gemeinschaftlich und ungetheilt sei, mithin B in dieser gemeinschaftlichen Sache keine Veränderung vornehmen dürfe, wodurch über den Antheil des A verfügt würde (§. 828 a. b. G. B.), was bei der Durchbrechung der gemeinschaftlichen Hauptmauer offenbar der Fall wäre; und daß 2. selbst, wenn das Haus Nr. 68 physisch getheilt wäre, doch die Scheidemauer zwischen beiden Häusern vom Grund bis zum

Dach als gemeinschaftlich anzusehen sei, weshalb B dieselbe nur auf seiner Seite bis zur Hälfte der Dicke benützen und nicht durchbrechen dürfe, um sich einen Eingang von dem Hause Nr. 69 in Nr. 68 zu eröffnen. — In erster Instanz wurde der Klage stattgegeben. — Das O. L. G. wies den Kläger ab aus folgenden Gründen: A hat ein vertragsmäßiges Miteigenthum an der Mauer des zweiten Stockwerkes des Hauses Nr. 68 nicht nachgewiesen; aus den älteren Erwerbungsurkunden geht vielmehr hervor, daß schon im Jahre 1734 nur der erste Stock dieses Hauses nebst einigen anderen Localitäten den Rechtsvorfahren des Klägers verkauft wurde, ohne daß von einem Miteigenthum an dem zweiten Stock eine Rede gewesen wäre. Eben so wenig hat der Kläger ein gesetzliches Recht des Miteigenthums an der Mauer des zweiten Stockwerks von Nr. 68, denn die von ihm zum Alleineigenthum erworbenen Localitäten im ersten Stocke grenzen nicht an jene des zweiten Stockes und die streitige Mauer scheidet nur das dem Beklagten eigenthümliche Haus Nr. 69 von seinem Eigenthum in dem Hause Nr. 68; folglich kann der Kläger sich nicht auf die Bestimmung der §§. 854 und 855 a. b. G.B. berufen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil. Gründe: Es ist festzuhalten, daß bei der ursprünglichen Theilung des Hauses Nr. 68 dasselbe nicht in zwei streng gesonderte Theile getheilt wurde, sondern daß bei der Zuweisung einzelner Localitäten an die Rechtsvorfahren des A und des B jene Haustheile, die nach der Natur der Sache zur gemeinschaftlichen Benutzung der zugewiesenen Localitäten zu dienen hatten, ungetheilt blieben. Weder in den älteren Theilungsurkunden noch in der Erwerbungsurkunde des Beklagten ist von den Hauptmauern, welche die zugetheilten Localitäten umschließen, irgendwie die Rede; es kann daher kein Streittheil dieselben als ausschließliches Eigenthum in Anspruch nehmen; sie müssen vielmehr als gemeinschaftliches Eigenthum angesehen werden, zumal sie ohne Beschädigung oder Zerstörung des ganzen Hauses physisch sich nicht theilen lassen. Daher ist der Beklagte nicht berechtigt, gegen den Einspruch des klagenden Miteigenthümers die Scheidemauer beider Häuser zu durchbrechen.

---

## Nr. 4011.

### Uebernahme eines executiv feilgebotenen Grundstückes mit „allen Lasten". Rechtlicher Charakter der Grundentlastungsschulden.

**Entsch. v. 11. Jänner 1871, Nr. 9157 (Best. des das Urth. des B. G. Kojetein v. 10. Nov. 1869, Nr. 5866, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn v. 6. April 1870, Nr. 2521). G. H. 1871, S. 326.**

A, welcher das Grundstück X des B bei der executiven Feilbietung erstanden und nach den Versteigerungsbedingnissen „alle Lasten"

zu übernehmen hatte, betrachtete das bei diesem Grundstücke vorgeschriebene Grundentlastungscapital von 266 fl. nicht als eine übernommene Last und belangte den Executen B mit Klage, indem er das Begehren stellte, daß er für berechtigt erkannt werde, von dem auf dem Grundstücke noch haftenden Kaufschillingsreste pr. 350 fl. obige 266 fl. in Abzug zu bringen. — Das Gericht erster Instanz entschied gegen das Klagebegehren. — Das O. L. G. gab demselben Statt aus folgenden Gründen: Die Entscheidung des Processes hängt von der Lösung der Frage ab, ob das auf einer Liegenschaft haftende Grundentlastungscapital eine bücherliche Schuld oder eine Reallast sei. Diese Frage ist im ersteren Sinne zu beantworten. Das kaiserl. Patent vom 4. März 1849, R. G. Bl. Nr. 152, spricht sich zwar im §. 22 in folgender Weise aus: „Ueberhaupt ist als Grundsatz festzuhalten, daß die . . . Entschädigungsrente, im zwanzigfachen Betrage zum Capital erhoben, als eine auf dem entlasteten Gute mit der gesetzlichen Priorität vor allen anderen Hypothekarlasten bestehende, die Vorrechte der l. f. Steuern genießende Last anzusehen und zu behandeln ist"; und im §. 83 der Ministerialverordnung v. 27. Juni 1849, L. G. Bl. für Böhmen Nr. 119, wird diese Capitalschuld eine Last genannt. Allein, abgesehen davon, daß durch den Ausdruck: „andere Hypothekarlasten" die Grundentlastungsschuld der Pfandschuld begrifflich gleichgestellt und derselben nur in der Eintreibung das Privilegium der Steuern eingeräumt wird, ist der Hauptzweck und die Absicht des Grundentlastungsgesetzes offenbar darauf gerichtet, Grund und Boden von den daran haftenden emphyteutischen Verpflichtungen u. s. w. zu befreien, demnach die Reallasten zu beseitigen und in eine Capitalsschuld umzuwandeln, welche, trotz der vor anderen Pfandschulden ihr eingeräumten Priorität und des Vorrechtes der l. f. Steuer, bleibt, was sie ist, und auch von dem Richter als Capitalsschuld behandelt werden muß. Indem das Gesetz die übrigen Hypothekarschulden ebenfalls Hypothekarlasten nennt und das Grundentlastungscapital auch als eine Last bezeichnet, will es eben die gleiche Eigenschaft Beider andeuten und nicht einen Unterschied zwischen ihnen machen und das Letztere als eine Reallast angesehen wissen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz mit Bezugnahme auf obige Motive und mit der folgenden Bemerkung: Die vom Kläger angesprochene Berechtigung ist noch insbesondere in der Justizministerialverordnung vom 19. Mai 1856, R. G. Bl. Nr. 83, begründet, wodurch, um — wie es im Eingang heißt — bei gerichtlichen Versteigerungen entlasteter Realitäten, bei denen die Forderung des Grundentlastungsfondes in dem öffentlichen Buche nicht ersichtlich ist, die Ersteher vor möglichen Nachtheilen zu bewahren, den Gerichten zur Pflicht gemacht wird, bei solchen Feilbietungen auf die Forderungen des Grundentlastungsfondes von amtswegen Bedacht zu nehmen, daher den steueramtlichen Ausweis der-

selben sich zu verschaffen und dafür zu sorgen, daß sie entweder aus dem Kaufschilling berichtigt oder von dem Ersteher übernommen werden. Da nun in dem vorliegenden Fall die Feilbietungsbedingnisse das Grundentlastungscapital nicht ausdrücklich erwähnten, noch dessen Uebernahme dem Ersteher ausdrücklich auferlegten, so darf er dasselbe von dem Kaufpreis in Abzug bringen.

---

## Nr. 4012.

### Publicitätsprincip: Fortdauer der Hypothekarforderung trotz erfolgter Tilgung.

**Entsch. v. 11. Jänner 1871, Nr. 15239 (Best. des das Urth. des B. G. Hohenfurth v. 22. Sept. 1870, Nr. 2976, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 8. Nov. 1870, Nr. 36566). G. Z. 1871, Nr. 49.**

Nachdem A, Gläubiger des C, die Pränotation auf eine Forderung von 1100 fl., die seinem Schuldner gegen B zustand und auf dem Hause des Letzteren sichergestellt war, und nach durchgeführter Justificirung die executive Einantwortung derselben erwirkt hatte, belangte er den B, von welchem er 900 fl. bereits empfangen hatte, mit der Hypothekarklage auf Zahlung des Restes per 200 fl. Der Beklagte wendete dagegen ein und bewies durch die Vorlage der Quittung des C, daß er diesem noch vor der von A erwirkten Pränotation 200 fl. auf die Forderung von 1100 fl. gezahlt hatte. A hielt seinen Anspruch aufrecht, weil der gezahlte Betrag im Grundbuche nicht gelöscht und die Zahlung ihm auch nicht in anderer Weise bekannt geworden war. — Die erste Instanz erkannte in Folge der Einwendung des Beklagten auf Abweisung des Klägers. — Das O. L. G. erkannte mit Berufung auf den §. 469 a. b. G. B. nach dem Klagebegehren.

Der oberste Gerichtshof bestätigte aus folgenden Gründen das Urtheil der zweiten Instanz. Die in den zwei letzten Sätzen des §. 469 a. b. G. B. ausgesprochene Rechtsregel, wornach zur Aufhebung der Hypothek die Tilgung der Schuld allein nicht hinreicht und die Pfandsache bis zur bücherlichen Löschung der Schuldurkunde verhaftet bleibt, ist zur Erhaltung des Vertrauens in die öffentlichen Bücher unbedingt nothwendig und findet hier volle Anwendung, weil der Kläger zur Zeit, als er die Pränotation auf die noch intabulirte Forderung des B gegen C und deren executive Einantwortung erwirkte, noch nicht wußte, daß davon 200 fl. gezahlt waren, weil ihm überhaupt eine Unredlichkeit nicht zur Last gelegt werden kann und er nicht als eine in juristischem Sinne mit dem C identische Person, z. B. als sein Erbe, sondern als Gläubiger desselben kraft eigenen Rechtes einschreitet. Die §§. 442, 1394 und 1395 a. b. G. B.

und §. 314 a. G. O. stehen damit nicht im Widerspruche, da sie nur die persönlichen Rechte des Ueberträgers einer Forderung betreffen, während der §. 469 a. b. G. B. sich auf dingliche, in den öffentlichen Büchern eingetragene Rechte bezieht, die im gegenwärtigen Falle aus einem onerosen Titel auf einen Dritten übergegangen sind; und die §§. 1443 und 1500 a. b. G. B. und das Hofdcr. vom 27. März 1846, J. G. S. Nr. 951, werden dadurch so wenig überflüssig, als die §§. 443, 444, 454, 468, 526, 928, 1070, 1120, 1142, 1398, 1446, 1467, 1469, und andere Stellen des a. b. G. B., wo das Gesetz den Grundsatz der Publicität der öffentlichen Bücher auf besondere Verhältnisse anwendet. Uebrigens wäre dem Beklagten auch nichts im Wege gestanden, um die gezahlten 200 fl. sogleich zur Löschung zu bringen; er kann daher von eigener Nachlässigkeit nicht freigesprochen werden.

---

## Nr. 4013.

### Primäre Haftung der Partei für die Entlohnung des auf ihr Verlangen bestellten Curator absentis.

**Entsch. v. 11. Jänner 1871, Nr. 13 (Best. des Decr. des K. G. Teschen v. 28. Oct. 1870, Nr. 6286, Abänd. des Decr. des O. L. G. Brünn v. 15. Nov. 1870, Nr. 15287). G. Z. 1871, Nr. 61.**

Nachdem die auf die Klage des B gegen den abwesenden C bestellte Curatel des Letzteren in Folge seiner Rückkehr nach Ausfertigung des Vorladungsedictes wieder aufgehoben worden war, begehrte der Curator A den Ersatz seiner Kosten und Deserviten von dem Kläger B, welchem das Gericht erster Instanz die Zahlung derselben auch auftrug. — Von dem O. L. G. hingegen wurde A mit seiner Forderung an den Curanden C gewiesen, weil die Bestellung eines Curators für einen Abwesenden unbekannten Aufenthaltes aus Anlaß einer gegen denselben angebrachten Klage nach §. 391 a. G. O. auf Kosten und Gefahr des Abwesenden geschieht und von der Verbindlichkeit des Klägers zur Berichtigung der Expensen des aufgestellten Curators nur dann die Rede sein kann, wenn der Kläger zu dem Ersatz der Proceßkosten verurtheilt wird, welcher Fall hier nicht eintrat.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid, weil der Kläger die Bestellung der Curatel veranlaßte, daher zur vorschußweisen Bestreitung der damit verbundenen Kosten verpflichtet und die weitere Frage, wer diese Kosten definitiv zu tragen habe, zwischen ihm und dem Beklagten auf besonderem Wege auszutragen ist.

---

## Nr. 4014.

## Beweisführung pro vitando perjurio: Zulassung der Beweisführung über andere Thatumstände, als in der Eidesformel enthalten sind.

**Entsch. v. 11. Jänner 1871, Nr. 243 (Best. des Urth. des K. G. Tarnopol v. 27. Juni 1870, Nr. 6615, Abänd. des Urth. des O. L. G. Lemberg v. 20. Sept. 1870, Nr. 25958). G. H. 1871, S. 86.**

A hatte im Jahre 1866 von C ein Gartengrundstück gekauft und belangte den B mit der Eigenthumsklage auf Herausgabe desselben. Der Beklagte vertheidigte sich mit der Anführung, daß C noch im Jahre 1865 das Grundstück ihm verkauft habe und deferirte dem Kläger über diesen Umstand den Haupteid, auf welchen auch erkannt wurde. Nachdem der Beklagte den ihm zugeschobenen Eid bereits angetreten hatte, begehrte der Kläger, im Sinne des §. 305 westgal. G. O., mit Beseitigung des Haupteides zum Gegenbeweis durch Zeugen darüber zugelassen zu werden, daß der Beklagte, von C zur Zahlung des Kaufpreises für das Grundstück aufgefordert, wegen Geldmangels von dem Kaufe zurücktrat, zum Verkauf des Grundstücks an den Kläger einwilligte und daß sodann der Kaufvertrag zwischen dem Letzteren und C zu Stande kam. — Das in erster Instanz zugelassene Begehren wurde von dem O. L. G. abgewiesen, weil die Zeugen über ganz andere Umstände als die durch den Haupteid zu bestätigenden aussagen sollen, weil sie bei der Aufnahme des im Proceß früher zugelassenen Beweises schon vernommen worden sind, mithin kein neues, von dem Kläger erst ausfindig gemachtes (§. 305 westgal. G. O.) Beweismittel darstellen, und weil sie bereits in ihren Verhören über die jetzt zu erweisenden Umstände ausgesagt haben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz. Gründe: Der Widerspruch des Beklagten gegen das Begehren des Klägers beruhet darauf, daß die Weisartikel nach dem Wortlaut, einzeln und zusammengenommen, das Gegentheil dessen, was er zu beschwören hätte, nicht enthalten. Allein darauf kommt es im Sinne des §. 305 westg. G. O. nicht an, sobald nur, wenn auch indirect, daraus hervorgeht, daß, wäre dieser Zeugenbeweis im Proceß angeboten worden, von der Zulassung des Haupteides keine Rede hätte sein können; — und dies ist hier der Fall. Der Beklagte soll nämlich schwören, daß er mit dem C um das Gartengrundstück noch im Jahre 1865 einen Kauf geschlossen, daß somit dieser Vertrag zur Zeit des von C mit dem Kläger im Jahre 1866 geschlossenen Kaufes noch bestanden habe; aus dem Inhalt der Weisartikel ergibt sich aber, daß zur Zeit des letzteren Kaufes der erste Kaufvertrag nicht mehr bestand. Der Beklagte wendete ferner ein, daß dieselben Zeugen im Laufe des Processes schon verhört wurden

und die Umstände, worüber sie jetzt vernommen werden sollen, nicht bestätigten. Allein damals wurden diese Zeugen über andere Umstände zugelassen und vernommen, und wenn sie auch in ihren Verhören von den Umständen, über welche sie jetzt vernommen werden sollen, Erwähnung machten, so konnte doch bei der Fällung des Endurtheiles darauf eben keine Rücksicht genommen werden, weil sie über diese Umstände als Zeugen nicht berufen worden waren.

---

## Nr. 4015.

### Zuläſſigkeit der Auftragung des Eides über die (nicht näher qualificirte) „Uebertragung“ von Sachen in's Eigenthum.

**Entsch. v. 12. Jänner 1871, Nr. 6751 (Best. des Urth. des B. G. Ellbogen v. 15. Dec. 1869, Nr. 864, Abänd. des Urth. des G. L. O. Prag vom 15. März 1870, Nr. 974). G. H. 1871, S. 146.**

Nach der auf Einschreiten des B bei seinem Schuldner C vollzogenen Mobilienpfändung trat die A gegen B mit der Exscindirungsklage auf, indem sie anführte, daß ihr diese Mobilien von der D, Gattin des Executen, welche dieselben von ihrem Vater als Ausstattung erhalten habe, noch vor der Pfändung für 200 fl. zum freien Eigenthum abgetreten und übergeben worden seien. Als Beweis der Eigenthumserwerbung producirte die A die über den Act errichtete Urkunde und da in derselben die Gegenstände nicht einzeln, sondern nur gattungsweise aufgeführt waren, deferirte sie dem B den rückschiebbaren Haupteid über das von ihm geleugnete Factum der um 200 fl. erfolgten Abtretung und Uebergabe der in dem Pfändungsprotokolle bezeichneten Mobilien. — Das Gericht erster Instanz erkannte auf diesen Haupteid. — Von dem O. L. G. wurde die Klage ohne Zulassung des Eides unbedingt abgewiesen. Nach der Ansicht der zweiten Instanz konnte das Beweismittel durch den Haupteid deshalb nicht berücksichtigt werden, weil das der Anführung der Klägerin entsprechende Eidesthema nur die Uebergabe der Mobilien im Allgemeinen, nicht auch die Art der Tradition — körperliche, symbolische Uebergabe oder Uebergabe durch Erklärung (§§. 426—428 a. b. G. B.) — mithin keine thatsächlichen, die Uebergabe bezeichnenden Umstände enthält.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil und bemerkte gegen die von dem O. L. G. ausgesprochene Meinung: „Wenn auch das Gesetz mehrere Arten anführt, auf welche Mobilien übergeben werden können, bleibt die geschehene Uebergabe in jedem Falle ein thatsächlicher Umstand, über welchen der Haupteid aufgetragen werden kann; auf welche dieser Arten die Uebergabe erfolgt sei, ist gleichgiltig und daher genügend, wenn die Klägerin nur überhaupt beweiset, daß ihr die vindicirten Sachen übergeben wurden.“

---

## Nr. 4016.

### Erfüllungseid: Herstellung der ersten halben Probe mittelst der Aussage eines vom Beweisgegner geführten, wegen seines Verhältnisses zum Beweisführer verwerflichen Zeugen?

**Entsch. v. 12. Jänner 1871, Nr. 12808 (Best. des das Urth. des B. G. Görz v. 28. Mai 1870, Nr. 4123, abänd. Urth. des O. L. G. Triest v. 25. August 1870, Nr. 3632). G. Z. 1871, Nr. 72. G. H. 1871, S. 283.**

Die A führte in der Klage gegen B pcto. Zahlung von 180 fl. an, daß Letzterer durch 9 Jahre ein Gewölbe in ihrem Hause inne hatte, in welchem seine Waaren aufbewahrt wurden, und daß für das gemiethete Local der Miethzins im Betrage von jährlich 20 fl. verabredet worden sei. Da die in der Klage angeführten Thatumstände vom Beklagten widersprochen wurden, bot die Klägerin über den behaupteten Abschluß des Miethsvertrages den Beweis durch Zeugen nebst dem Erfüllungseide an und trug dem B auch den Haupteid auf, welcher von demselben angenommen wurde, während B seinerseits ebenfalls einen Zeugenbeweis und zwar durch den Ehemann der Klägerin, nebst Erfüllungs- und Haupteid in Antrag brachte. Nach Vernehmung der beiderseits geführten Zeugen, von denen nur der nicht von der Klägerin als Zeuge angeführte Ehemann derselben ihre Behauptung bestätigte, erkannte das Gericht erster Instanz nach dem Klagebegehren unter der Bedingung der Ablegung des Erfüllungseides der A. — Von dem O. L. G. wurde statt des Erfüllungseides der dem Beklagten aufgetragene Haupteid zugelassen, und zwar in der Erwägung, daß der Klägerin nicht gelungen ist, den Abschluß des Miethvertrages durch die Aussagen der Zeugen zu beweisen, indem nur ihr Gatte das Zustandekommen des fraglichen Vertrages bestätigte, auf seine Aussagen jedoch im gegebenen Falle kein Gewicht gelegt werden darf, weil der Zeuge nicht von der Klägerin, welcher die Pflicht des Beweises oblag, sondern von dem Beklagten eingeführt wurde, der ihn natürlicher Weise, als eigenen Zeugen, nicht beanständen konnte; daß, nachdem der Gatte, abgesehen von seiner Verwerflichkeit, über den Vertragsabschluß und daher über einen Thatumstand Zeugenschaft ablegte, über welchen er nicht berufen war, eine Aussage abzulegen, durch diese der halbe Beweis als nicht hergestellt angesehen werden kann und somit zur Ergänzung des Beweises der angebotene Erfüllungseid als nicht zulässig erscheint.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen: „Da Mann und Frau im §. 141 a. G. O. als verwerfliche Zeugen angeführt sind, die nur zur Ergänzung eines Beweises dann zugelassen werden können, wenn der Beweisführer selbst zu dem Erfüllungseide zugelassen werden würde; da der Mann der Klägerin im gegenwärtigen Processe immer ein verwerflicher Zeuge ist und bleibt, wenn er auch vom Gegentheile nicht beanständet oder von

diesem als Zeuge, wenn auch über andere Thatsachen, angeführt worden ist, seine Aussage daher nie die erste halbe Probe herstellen und wo diese erste halbe Probe fehlt, auch der Erfüllungseid nicht zugelassen werden kann (§. 212 a. G. O.); und da die Klägerin keinen anderen Beweis über den der Klage zu Grunde liegenden Miethvertrag beigebracht hat, als den in der Replik dem Geklagten aufgetragenen Haupteid, mußte von dem Resultate desselben die Zulassung oder Verwerfung des Klagebegehrens abhängig gemacht werden."

---

## Nr. 4017.

## Stillschweigende Aufhebung der ehelichen allgemeinen Gütergemeinschaft durch Executionsführung seitens des einen Ehegatten gegen den andern?

**Entsch. v. 17. Jänner 1871, Nr. 9757 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Enns v. 30. Dec. 1869, Nr. 1069 und des O. L. G. Wien v. 12. Mai 1870, Nr. 6691). G. H. 1871, S. 58.**

Zwischen den Eheleuten A und B bestand eine allgemeine, das gegenwärtige und das künftige Vermögen umfassende Gütergemeinschaft. In Folge der von der Ehefrau B gegen den A zur Hereinbringung einer Forderung geführten Execution wurden alle Mobilien des A und die ihm gehörende Hälfte eines beiden Ehegatten gemeinsamen Hauses verkauft und die B, welche diese Haushälfte erstand, als Alleineigenthümerin des ganzen Hauses in dem Grundbuche eingetragen. Darauf ward über das Vermögen des A der Concurs eröffnet und der Vertreter und Verwalter der Concursmasse belangte nun die B mit einer Klage, worin er um das Erkenntniß bat, daß die B (auf Grund der Gütergemeinschaft) schuldig sei, die Einbeziehung ihres Vermögens, insbesondere ihres obenerwähnten Hauses in die Concursmasse ihres Gatten, die Verwendung ihres Vermögens zur Befriedigung ihrer und ihres Gatten Gläubiger und sodann die Vertheilung des Gemeinschaftsvermögens nach §. 1235 a. b. G. B. zu gestatten. — Die Klage wurde von beiden Untergerichten abgewiesen. In den Motiven des erstgerichtlichen Urtheils heißt es: „Nachdem zur Zeit der Concurseröffnung die Beklagte bereits Alleineigenthümerin des Hauses geworden war und die klägerischerseits aufgestellte Behauptung, daß einige der im Concursinventar aufgeführten Mobilien noch Miteigenthum des Cridars seien, gegen den mit Hinweisung auf die durchgeführte Mobilienexecution erhobenen Widerspruch der Beklagten nicht bewiesen worden ist, fremdes Vermögen aber in die Concursmasse des A nicht einbezogen werden darf, mußte das Klagebegehren verworfen werden." — Das bestätigende Urtheil des O. L. G. wurde in folgender Weise begründet: „Da noch vor Ausbruch des

Concurses die Theilung des gemeinschaftlichen Vermögens und zwar mit stillschweigendem Einverständnisse beider Ehegatten stattgefunden hat, indem sonst der aus dem eigenen Vermögen der Beklagten für die Haushälfte gezahlte Kaufpreis nicht ohne Weiteres unter den Gläubigern des A hätte vertheilt werden können, und da alle diese Acte vor der Concurseröffnung bereits in Rechtskraft erwachsen sind, was nicht hätte geschehen können, wenn von den Betheiligten auf Grund der Ehepacte dagegen Einsprache erhoben worden wäre, so ist der Concursmassevertreter, dem nicht mehr Recht als dem Cridar zur Zeit der Concurseröffnung zustand, nicht mehr berechtigt, die rechtskräftig vollzogene Vermögenstheilung anzufechten und eine nochmalige Theilung zu fordern."

Der oberste Gerichtshof gab dem Klagebegehren statt. Gründe: Eine während der Ehe in das Vermögen eines Ehegatten geführte Execution hebt nach dem Gesetze die zwischen den Eheleuten bestehende Gütergemeinschaft nicht auf und begründet keine Theilung des Vermögens, welche das durch den Gütergemeinschaftsvertrag entstandene Recht zur Erlöschung bringen würde. Daraus folgt, daß die im Executionswege versteigerte Haushälfte des A, welche von der Beklagten erstanden und ihr Eigenthum geworden ist, ein von ihr während der Ehe erworbenes Vermögen bildet, welches, wie die auf Grund der Ehepacte ihr zugeschriebene andere Haushälfte der stipulirten Gütergemeinschaft unterliegt, daher in Folge des über das Vermögen des A eröffneten Concurses nach den Bestimmungen der §§. 1262, 1234 und 1235 a. b. G. B. nach Abzug der beiderseitigen Schulden zu theilen und zu diesem Behufe in die A'sche Concursmasse einzubeziehen ist. Eben dieses gilt nach denselben gesetzlichen Bestimmungen von dem übrigen Vermögen der Beklagten.

---

## Nr. 4018.

## Ungiltigkeit der im Auslande mit einem evangelischen Ausländer geschlossenen Ehe einer von ihrem katholischen Gatten geschiedenen, hinterher zum Protestantismus übergetretenen Oesterreicherin.

**Entsch. v. 17. Jänner 1871, Nr. 9759 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 26. Nov. 1869, Nr. 65147 und des O. L. G. Wien vom 17. März 1870, Nr. 4586). G. Z. 1871, Nr. 50.**

Am 14. Februar 1854 wurde in der Pfarre St. Stephan in Wien der katholische A mit der gleichfalls katholischen B getraut. Nach einiger Zeit bewilligte das damals competente geistliche Gericht den Eheleuten die lebenslängliche Scheidung von Tisch und Bett. Bald darauf knüpfte die B mit dem C, preußischem Unterthan und

protestantischer Religion augsburgischer Confession, ein Liebesverhältniß an und es würde beschlossen, sich — außerhalb Oesterreichs — ehelich trauen zu lassen. C legte dem herzoglich sächsischen Ministerium in Gotha die Taufscheine, das Scheidungserkenntniß, dann das Zeugniß des Uebertrittes der B zum protestantischen Glauben vor und erwirkte die Bewilligung der Trauung, welche in Gotha vollzogen wurde. Beide Ehetheile kehrten nach Oesterreich zurück und hier wurde ihre Ehe von beiden Untergerichten für ungiltig erklärt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidungen aus folgenden Gründen: Die unterrichterlichen Erkenntnisse stellen sich als vollkommen gesetzmäßig dar; denn die Geklagte B, welche sich zur katholischen Religion bekannte, hat laut des Trauungsscheines der Pfarre St. Stephan am 14. Februar 1854 den in Trient gebornen, gleichfalls katholischen A geehelicht, sodann aber, ungeachtet derselbe noch am Leben ist, sich am 29. August 1864 zu Gotha mit dem Kläger C trauen lassen. Da nach §. 111 a. b. G. B. das Band einer giltigen Ehe zwischen katholischen Personen nur durch den Tod getrennt werden kann und das Eheband selbst dann unauflöslich ist, wenn auch nur ein Theil schon zur Zeit der geschlossenen Ehe der katholischen Religion zugethan war, so folgt hieraus, daß zur Zeit der am 29. August 1864 vollzogenen Trauung die Ehe zwischen der Geklagten und A noch bestand und daß daher der Eingehung einer anderen Ehe von Seite der Geklagten das nicht zu behebende Hinderniß des §. 62 a. b. G. B. im Wege war. Die Thatsachen, daß der Kläger C zur protestantischen Religion sich bekennt und daß die von A lebenslänglich von Tisch und Bett geschiedene Geklagte, bevor sie sich mit dem Kläger trauen ließ, zu dieser Religion übertrat, ändern nach der klaren Bestimmung des §. 111 a. b. G. B. nichts hieran. Auch der Umstand, daß die Trauung in Gotha mit Bewilligung des herzoglich sächsischen Staatsministeriums statthatte, vermochte die Rechtsgiltigkeit dieses Actes nicht zu begründen, weil die Geklagte nach dem Hofkanzleidecrete vom 23. Februar 1833, J. G. S. Nr. 2595, durch ihre Verehelichung mit A, wenn sie nicht bereits österreichische Staatsbürgerin gewesen wäre, jedenfalls die österreichische Staatsbürgerschaft erlangt hat, daher nach §. 4 a. b. G. B. auch im Auslande in Bezug auf ihre persönliche Fähigkeit zur Eingehung einer hierlands giltigen Ehe an die österreichischen Gesetze gebunden war und die Bewilligung einer ausländischen Behörde das ihr nach diesen Gesetzen entgegenstehende Ehehinderniß nicht beheben konnte. Die Behauptung des Vertheidigers des Ehebandes, daß die Giltigkeit der zweiten Ehe nach den Gesetzen des Ortes, wo sie geschlossen wurde, beurtheilt werden müsse, weil der Kläger preußischer Staatsangehöriger ist, die Geklagte daher durch ihre Verehelichung mit ihm preußische Unterthanin wurde und folglich für sie von diesem Momente an der §. 4 b. G. B. nicht mehr anwendbar war, erscheint ungegründet, da der §. 19 des Patentes vom

24. März 1832, J. G. S. Nr. 2557, nach welchem eine österreichische Staatsbürgerin, wenn sie sich an einen Ausländer verheirathet, die Eigenschaft einer Staatsbürgerin verliert, die Eingehung einer giltigen Ehe voraussetzt, was hier nicht der Fall ist.

---

## Nr. 4019.

### Exceptio rei judicatae: Verschiedenheit der Klagen in Folge der Verschiedenheit des Klagebegehrens.

**Entsch. v. 17. Jänner 1871, Nr. 14244 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Unterkralowitz v. 26. März 1869, Nr. 7479 und des O. L. G. Prag v. 20. April 1870, Nr. 12521). G. H. 1871, S. 114.**

In der von A im Jahre 1868 angebrachten Klage wurde um das Erkenntniß gebeten, daß B schuldig sei, die im Jahre 1862 als Darlehen erhaltenen 500 fl. nebst 6 % Zinsen gegen gleichzeitige Zurückstellung des dem Kläger zur Deckung übergebenen Wechsels demselben zurückzuzahlen. B vertheidigte sich mit der exceptio rei judicatae unter Vorlage des rechtskräftigen Urtheils, mit welchem die von A im Jahre 1863 gegen B auf Zahlung der ihm dargeliehenen 500 fl. nebst 4 % Zinsen angestellte Klage abgewiesen wurde. Dagegen behauptete A, die Identität des mit beiden Klagen geforderten Darlehens zugebend, daß die frühere Klage nur zur Zeit abgewiesen worden und daß das Obligationsverhältniß zwischen ihm und dem Beklagten gegenwärtig von jenem zur Zeit der ersten Klage wesentlich verschieden sei, weil damals das nunmehr durch Verjährung erloschene Wechselrecht aus dem oben erwähnten Wechsel noch bestanden habe. — Von beiden Untergerichten wurde der exceptio rei judicatae aus folgenden Gründen stattgegeben: Die gegen die Einrede der entschiedenen Sache vorgebrachten Behauptungen des Klägers sind unhaltbar. Aus den Motiven des auf die frühere Klage ergangenen Urtheils ergibt sich allerdings, daß die Abweisung derselben deshalb erfolgte, weil A sich nicht erboten hatte, den zur Deckung erhaltenen Wechsel zurückzustellen; daß aber die Forderung des Klägers, wenn dieser Mangel nicht vorhanden wäre, zu Recht bestände, ist aus den Motiven nicht zu entnehmen. Zudem sind für die Frage, was durch ein Urtheil entschieden sei, nicht die Gründe desselben, sondern nur der richterliche Spruch maßgebend. Nun ist aber durch das Urtheil die Klage einfach abgewiesen und weder dem A das Recht zur Anstellung einer neuen Klage vorbehalten, noch ausgesprochen worden, daß die Klageabweisung nur dermalen stattfinde, woraus sich ergibt, daß die — gleichviel ob aus meritorischen oder aus formellen Gründen erfolgte — Abweisung eine definitive war. Die Entscheidungsgründe, welche ebensowenig von einer Abweisung zur Zeit Erwähnung machen,

zeigen deutlich, daß die Abweisung deshalb erfolgt ist, weil die Klage schlecht instruirt war. Dies kann aber den Kläger nicht berechtigen, die Klage verbessert wieder anzubringen. Was das vorgebliche geänderte Rechtsverhältniß zwischen den Parteien in Betreff des Wechsels anbelangt, so wäre dasselbe nur dann von Einfluß, wenn in Folge dieses Verhältnisses die zweite Klage auf einen andern Rechtsgrund gestützt würde, was aber nicht der Fall ist, da beide Klagen auf dem gemeinrechtlichen Titel des nämlichen Darlehens beruhen. Die vom Beklagten gegen die zweite Klage angebrachte exceptio rei judicatae ist demnach durch die Identität der Parteien, des Anspruches und des Rechtsgrundes in beiden Klagen gerechtfertigt.

Von dem obersten Gerichtshofe wurde die exceptio rei judicatae verworfen, weil mit der zweiten Klage die Zurückzahlung des Darlehens nicht, wie in der ersten Klage, bedingungslos, sondern nur gegen Rückstellung des zur Deckung erhaltenen Wechsels gefordert wird, mithin die Schlußbitten beider Klagen nicht identisch sind.

---

## Nr. 4020.

### Unzulässigkeit der Separatexecution auf den durch Uebereinkommen mit der Concursmasse freigehaltenen Theil des Vermögens des Gemeinschuldners.

**Entsch. v. 17. Jänner 1871, Nr. 15442 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 24. Oct. 1870, Nr. 127780, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 11. Nov. 1870, Nr. 22735). Jur. Bl. 1872, Nr. 1.**

Um der Execution zu entgehen, die dem Eisenbahnbeamten B von Seite der A auf seinen Gehalt drohte, ließ er über sein Vermögen den Concurs eröffnen. Durch ein von ihm mit der Majorität des Gläubigerausschusses geschlossenes Uebereinkommen wurde ein Drittel seines Gehaltes in die Concursmasse gezogen und zur Befriedigung der Massegläubiger bestimmt, der Rest aber nach §. 5 der C. O. ihm zur Bestreitung seines Unterhaltes frei gelassen. Die A, welche ihre Forderung im Concurse liquidirt hatte, begehrte nun die Execution auf den Gehalt und das Quartiergeld des B, und das Gericht erster Instanz bewilligte die Execution auf den in die Concursmasse nicht einbezogenen Theil der Bezüge. — Von dem O. L. G. wurde ihr Gesuch vollständig abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz, weil nach dem Wortlaut und Geist der Vorschriften der C. O., insbesondere des §. 5 auch dasjenige, was der Cridar durch eigenen Fleiß erwirbt, soweit es nicht zu seinem und seiner Familie Unterhalt erforderlich, in die Concursmasse einzuziehen ist und den Concursgläubigern, die sich durch das Maß des dem Cridar aus dem

erwähnten Titel (Unterhalt) Ueberlassenen für beeinträchtigt halten, nur vorbehalten bleiben kann, auf dem in der C. O. vorgesehenen Wege die Einbeziehung eines höheren Betrages in die Concursmasse durchzusetzen; daß sie aber nicht berechtigt sein können, gegen Beschlüsse, die auch für sie bindend wären, und gegen das damit verbundene Interesse der Gesammtheit, von der sie selbst einen Theil bilden, auf das, was dem Cridar nach jenen gesetzlichen Bestimmungen zu überlassen war und überlassen wurde, die Separatexecution zu führen.

---

## Nr. 4021.

### Klagbarkeit des zum Zwecke eines verbotenen Spieles gegebenen Darlehens.

**Entsch. v. 18. Jänner 1871, Nr. 6343 (Best. des das Urth. des B. G. Kufstein v. 19. Dec. 1869, Nr. 3502, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck v. 14. April 1870, Nr. 396). G. Z. 1871, Nr. 27.**

In dem Würfelspiele, womit B und andere Gäste sich in dem Gasthause des A ohne dessen Theilnahme an demselben unterhielten, borgte B, um das Spiel fortsetzen zu können, 36 fl. von A, welcher das Darlehen von ihm mittelst Klage zurückforderte und zum Beweise der von B abgeleugneten Hingabe des Geldes demselben den Haupteid auftrug. — Mit Berufung auf das gesetzliche Verbot des Würfelspiels und auf die §§. 878 und 1174 a. b. G. B. hat das Gericht erster Instanz den Kläger ohne Weiteres abgewiesen. — Das O. L. G. erkannte aus folgenden Gründen auf den erwähnten Haupteid: Der Beklagte ist zur Zurückzahlung des empfangenen Darlehens verpflichtet, wenn er auch dasselbe in einem verbotenen Spiele verwendet, ja das Darlehen eben zu diesem Zwecke erhalten hat, weil die Verwendung des dargeliehenen Geldes für die Giltigkeit des Darlehensgeschäftes ganz gleichgiltig ist. Der §. 878 a. b. G. B. hat hier keine Anwendung, denn, ist auch das Würfelspiel eine strafbare Handlung, so war doch nicht das Spiel Gegenstand des Darlehensvertrages, sondern das dargeliehene Geld. Ebensowenig kommt der §. 1174 zur Anwendung, weil das Geld nicht als Lohn oder Entgelt für das verbotene Spiel, sondern eben gegen die Verpflichtung zur seinerzeitigen Zurückstellung gegeben wurde. Demnach ist der Haupteid entscheidend, mit welchem der Kläger die gegnerischerseits geleugnete Hingabe des Geldes zu beweisen antrug.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil aus dessen Gründen.

---

## Nr. 4022.

### Anwachsungsrecht bei vermachtem Fruchtgenuß? Unstatthaftigkeit der Aufforderungsklage gegen den überlebenden Collegatar.

**Entsch. v. 18. Jänner 1871, Nr. 10503 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 7. Dec. 1869, Nr. 62540 und des O. L. G. Wien v. 4. Mai 1870, Nr. 4587). G. Z. 1871, Nr. 22.**

Der Fruchtgenuß, welchen M dem A und B an seinem Hause vermacht hatte, wurde für beide Legatare auf demselben intabulirt. Als nach dem Tode des A der mitberechtigte B den ganzen Fruchtgenuß für sich in Anspruch nahm, wurde er von den Erben des M mittelst Klage (ex lege diffamari) aufgefordert, das Recht des Fruchtgenusses an dem ganzen Hause, bei sonstiger Auflage des ewigen Stillschweigens, gegen sie auszuführen. B vertheidigte sich damit, daß er dieses Rechtes sich nicht berühmt habe, übrigens dasselbe grundbücherlich besitze und daher die Aufforderungsklage unstatthaft sei.

Von allen drei Instanzen wurde die Klage abgewiesen. Gründe der dritten Instanz: Das Fruchtgenußrecht bezüglich des Hauses haftet für B und A auf dem ganzen Hause und bezieht sich auf das ganze Haus. Beide befinden sich daher im bücherlichen Besitze des Rechts auf den lebenslangen Fruchtgenuß des erwähnten Hauses, und wenn nun nach dem eingetretenen Tode des zum Fruchtgenusse mitberufenen A dem andern Fruchtgenußberechtigten, B, das Recht auf den Fruchtgenuß des ganzen Hauses streitig gemacht werden will, so muß dies von denjenigen, welche den Fruchtgenußantheil des verstorbenen A für sich in Anspruch nehmen, gegen B im ordentlichen Rechtswege, auf welchem über den Sinn und die Tragweite des in Rede stehenden Fruchtgenußvermächtnisses zu entscheiden sein wird, ausgetragen, nicht aber kann B aufgefordert werden, das Recht, in dessen bücherlichem Besitze er sich befindet, beziehungsweise den Umfang dieses Rechtes darzuthun.

---

## Nr. 4023.

### Abgrenzung der Competenz der Gerichte und der Verwaltungsbehörden resp. des Verwaltungsgerichtshofes: civilrechtliche Klage auf Ungiltigerklärung einer Verordnung, wodurch einer Stadtgemeinde Beiträge für Polizeizwecke auferlegt werden.

**Entsch. v. 18. Jänner 1871, Nr. 375 (Best. des das Decr. des L. G. Prag v. 24. Sept. 1870, Nr. 25397, abänd. Decr. des O. L. G. Prag vom 14. Nov. 1870, Nr. 38003). G. H. 1871, S. 53.**

---

## Nr. 4024.

### Wohnungsrecht: Unstatthaftigkeit der Annahme erwachsener minderjähriger Kinder in die Wohnung.

**Entsch. v. 19. Jänner 1871, Nr. 9903 (Best. des Urth. des B. G. Weseritz v. 31. Mai 1870, Nr. 1837, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 27. Juni 1870, Nr. 22291). G. H. 1871, S. 94.**

Die Eheleute B, welche ihre Wirthschaft dem Ehepaare A mit Vorbehalt des Rechtes der unentgeltlichen Wohnung in der gemeinsamen Stube verkauft hatten, nahmen in diese Wohnung auch ihre erwachsenen Kinder Franz B (23jährig) und Barbara B (20 Jahre alt) auf. Da die Aufgenommenen unfriedlich waren und sich Mißhandlungen der Eheleute A zu Schulden kommen ließen, wurden sie unter Vertretung ihres Vaters als Curator von dem Ehepaare A auf Räumung der Wohnung belangt. — Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Klagebegehren. — Das O. L. G. hat die Kläger aus folgenden Gründen abgewiesen: Wenn auch zur Zeit des Verkaufes der Wirthschaft die Beklagten bereits lebten und — wie aus der Verhandlung hervorgeht — außer dem Hause der Eltern im Dienst waren, so kann daraus noch nicht gefolgert werden, daß die Wohnung in der allgemeinen Stube, die sich ihre Eltern beim Verkauf bedungen hatten, von ihnen nicht mitgenossen werden dürfe. Denn es ist eine schon im natürlichen Recht gegründete und allgemein anerkannte Thatsache, daß die Kinder bei den Eltern wohnen, und die Letzteren sind gesetzlich verpflichtet, die Kinder, so lange sie es bedürfen, bei sich zu behalten (§. 139 a. b. G. B.). Es erscheint aber auch die Behauptung der Kläger, daß die Eheleute B die Wohnung nur für sich bedungen hätten, als ganz unhaltbar, weil die Consequenz davon dahin führen würde, daß den altersschwach oder kränklich gewordenen Eltern verwehrt wäre, die Kinder zu ihrer Pflege herbeizurufen oder bei sich zu behalten. Die Berufung der Kläger auf den §. 506 a. b. G. B. (Bestimmung des Bedürfnisses des Gebrauchsberechtigten nach dem Zeitpunkte der Bewilligung des Gebrauches) ist ohne Belang, weil eine Veränderung in dem Stande und dem Gewerbe der Berechtigten nicht eingetreten ist und das Zusammenwohnen der Eltern mit den noch nicht versorgten und noch minderjährigen Kindern ein Ereigniß war, welches die Kläger schon bei dem Vertragsschlusse vorhersehen und erwarten mußten, daher sie sich dasselbe, nachdem sie sich im Vertrage ausdrücklich nicht verwahrt haben, gefallen lassen müssen (§. 529 a. b. G. B.).

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil. Gründe: Das den Eheleuten B eingeräumte Recht der gemeinschaftlichen Benutzung der Stube bringt mit sich, daß es ohne Bewilligung der Kläger nicht ausgedehnt werden darf, weil ihnen dadurch, daß noch Andere die Stube als Wohnung benutzen, der be-

zügliche Raum entzogen, sie in der Ausübung ihres Wohnungs- und Verfügungsrechtes beschränkt werden und weil davon abgesehen, bei der gemeinsamen Benutzung eines einzigen Locales als Wohnung für den Berechtigten es nicht gleichgiltig ist, mit wem er sich in diese Benutzung zu theilen hat. Es geht zwar nicht (wie das O. L. G. behauptet) aus der Verhandlung hervor, daß die Beklagten zur Zeit der Vertragserrichtung anderwärts, als bei ihren Eltern im Dienste waren; allein es wurde von ihnen nicht angeführt, vielweniger bewiesen, daß sie damals bei den Eltern wohnten; es kann daher auch nicht gesagt werden, daß das den Letzteren eingeräumte Benutzungsrecht in dem Sinne auszulegen sei, daß ihnen gestattet ist, die Kinder, so wie früher, bei sich zu behalten. Die Beklagten sind 23 und 20 Jahre alt und ihre Erwerbsunfähigkeit wird nicht behauptet. Es würde sich daher auch nicht die Behauptung rechtfertigen lassen, daß die Beklagten wegen der ihren Eltern obliegenden Erziehung und Verpflegung bei denselben bleiben müssen. Endlich liegt nichts vor, woraus geschlossen werden könnte, daß der Beistand der Beklagten den Eltern wegen Krankheit, Gebrechlichkeit oder hohen Alters unentbehrlich sei.

---

## Nr. 4025.

### Behandlung eines beabsichtigten schriftlichen Testamentes als mündliche letzte Willenserklärung.

**Entsch. v. 24. Jänner 1871, Nr. 10866 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Voitsberg v. 5. Sept. 1869, Nr. 769 und des O. L. G. Graz v. 8. Juni 1870, Nr. 6728). G. H. 1871, S. 207.**

M hinterließ ein Testament, welches von dem Verlassenschaftsabhandlungsgerichte als schriftliches Testament kundgemacht und der Abhandlung zu Grunde gelegt wurde. In Folge des Conflictes der Erbserklärungen der gesetzlichen Erben mit jenen der Testamentserben wurden die Ersteren angewiesen, als Kläger aufzutreten und überreichten demzufolge die Klage auf Ungiltigerklärung des Testamentes und Eröffnung der Intestaterbfolge. Durch die Aussagen der Testamentszeugen wurde festgestellt, daß der von einem Zeugen verfaßte Testamentsaufsatz dem des Lesens unkundigen M von demselben vorgelesen und von M bekräftigt wurde, daß aber die anderen (drei) Zeugen den Aufsatz, ohne dessen Inhalt einzusehen, unterschrieben haben. Als schriftliches Testament war daher die letztwillige Verfügung des M nach §. 581 a. b. G. B. ungiltig, wogegen sie als Nuncupativ-Testament giltig wäre, weil M die nachher zu Papier gebrachten Anordnungen vor den vier Zeugen als seinen letzten Willen erklärt hatte, mithin alle Vorsichten und Förmlichkeiten des §. 585 ibid. dabei beobachtet worden waren. Nichtsdestoweniger erkannten beide

Untergerichte, dem Klagebegehren gemäß, auf die Ungiltigkeit des Testamentes aus folgenden Gründen: Im §. 577 a. b. G. B. ist zwar die Wahl zwischen mündlicher und schriftlicher Erklärung des letzten Willens dem Testator vorbehalten, allein die von ihm gewählte Form muß eingehalten und die gesetzlichen Erfordernisse derselben beobachtet werden, damit eine giltige letzte Willenserklärung zu Stande komme, und im §. 584 ibid. wird dem Erblasser die Errichtung eines Nuncupativ-Testamentes nur dann freigestellt, wenn er die Förmlichkeit eines schriftlichen Testamentes nicht beobachten kann oder will. In dem vorliegenden Fall hat nun der Testator sich freiwillig der Beobachtung der Förmlichkeiten eines schriftlichen Testamentes unterzogen und die schriftliche Form gewählt, was insbesondere aus der Aussage des Testamentarius, wonach der Erblasser ihn ersuchte, ihm das Testament zu „machen", und aus der Erklärung im Eingange des Testamentes, daß der Testator nicht schreiben könne, hervorgeht. Auch wurde der Testamentsaufsatz von dem Abhandlungsgerichte (§. 61 des Patents vom 9. August 1854, Nr. 208) als schriftliches Testament kundgemacht und sodann die Intestaterben zur Anstellung der Klage mit dem Beisatz angewiesen, daß sonst die Verlassenschaft auf Grund des schriftlichen Testamentes werde abgehandelt und eingeantwortet werden. Es kann daher in dem gegenwärtigen Proceß sich nur um die Frage der Ungiltigkeit des schriftlichen Testamentes handeln, und kann auf die Entscheidung der Frage, ob das Testament, wenn es als ein schriftliches ungiltig wäre, als mündliches aufrecht bestehe, gar nicht eingegangen werden.

Der oberste Gerichtshof hat die Klage abgewiesen. Gründe: Der Richter muß über das Klagebegehren in seinem ganzen Umfang erkennen. Nun haben die Kläger das Erkenntniß begehrt, daß der in den Acten der M'schen Verlaßabhandlung vorhandene Aufsatz als letzte Willenserklärung des M ungiltig sei. Das Klagebegehren beschränkte sich nicht darauf, daß jenem Aufsatze die Erfordernisse eines schriftlichen Testamentes abgesprochen werden, und konnte sich darauf nicht beschränken, weil zur Geltendmachung der Intestat-Succession der Nachweis erforderlich war, daß der Aufsatz auch nicht ein mit Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften errichtetes Nuncupativ-Testament enthalte. Dem Klagebegehren kann daher nur stattgegeben werden, wenn jener Aufsatz weder als ein giltiges schriftliches Testament anzusehen ist, noch ein giltiges Nuncupativ-Testament enthält. Die Ansicht beider Untergerichte, daß der Aufsatz als ein giltiges schriftliches Testament nicht betrachtet werden könne, ist durch die von ihnen angeführten Gründe gerechtfertigt; allein eine offenbare Ungerechtigkeit liegt in dem Ausspruch, daß der Aufsatz überhaupt als eine letzte Willenserklärung ungiltig sei, nachdem die Beklagten unzweifelhaft den vollen Zeugenweis erbracht haben, daß derselbe die letzte Willenserklärung des M genau so enthält, wie sie dieser vor vier Zeugen mit allen im

§. 585 a. b. G. B. vorgeschriebenen Förmlichkeiten abgegeben hat. Es mußte daher der außerordentlichen Revisionsbeschwerde der Beklagten stattgegeben und die Klage abgewiesen werden.

---

## Nr. 4026.

### Unzulässigkeit der Abänderung der urtheilsmäßigen Eidesformel.

Entsch v. 24. Jänner 1871, Nr. 615 (Best. des das Decr. des L. G. Triest v. 14. Sept. 1870, Nr. 6650, abänd. Decr. des O. L. G. Triest v. 18. Nov. 1870, Nr. 6376). G. Z. 1871, Nr. 86. G. H. 1871, S. 295.

In dem Gesuche, mit welchem die A den durch Urtheil zugelassenen Hauptеid antrat, stellte sie auch die Bitte um Abänderung der Eidesformel in Betreff des zu beschwörenden Geldbetrages.

In Uebereinstimmung mit dem O. L. G. hat der oberste Gerichtshof diese in erster Instanz bewilligte Bitte abgewiesen, weil der durch ein bereits rechtskräftiges Urtheil zugelassene Eid in der in dem Urtheile selbst genau bestimmten Fassung entweder angetreten oder zurückgeschoben, beziehentlich abgelegt werden muß, die Frage der Wichtigkeit der in die Eidesformel aufzunehmenden Umstände der dem Urtheile vorhergehenden contradictorischen Verhandlung vorbehalten ist, und gegen das Erkenntniß selbst den Parteien der Appellations- und Revisionszug und die allfälligen weiteren Rechtsmittel offen stehen.

---

## Nr. 4027.

### Competenz des Ausschusses der Advocatenkammer zur Entscheidung über die Bestellung eines Armenvertreters; Unzulässigkeit des Gesuches um Bestellung eines Armenvertreters in Sachen, wo kein Anwaltszwang besteht.

Entsch. v. 24. Jänner 1871, Nr. 665 (Best. des Decr. des Advocatenkammer-Ausschusses in Spalato v. 14. Mai 1870, Nr. 39, Abänd. des Decr. des O. L. G. Zara v. 13. August 1870, Nr. 3619). G. H. 1871, S. 94.

In einem summarischen Proceß hatte der Kläger A auf Grund des vorgelegten Armuthszeugnisses von dem Gerichte die Stempel- und Gebührenbefreiung erwirkt und bat sodann den Ausschuß der Advocatenkammer um Beigebung eines unentgeltlichen Vertreters. Der Kammerausschuß wies die Bitte ab. — Von dem O. L. G. hingegen wurde dem Ausschusse die Bestellung eines unentgeltlichen Vertreters aufgetragen, weil, wenngleich die Advocatenordnung v. 6. Juli 1868, R. G. Bl. Nr. 96, die Bewilligung eines unentgeltlichen Vertreters

dem Ausschusse der Advocatenkammer zuweiset (§. 28 lit. i) und bestimmt, daß mit der Bewilligung eines unentgeltlichen Vertreters die Stempel- und Gebührenbefreiung verbunden sei (§. 16 alinea 3), durch diese Vorschriften die frühere gesetzliche Anordnung, wonach der Richter allein über die Bewilligung der Stempel- und Gebührenbefreiung zu entscheiden hat, nicht abgeschafft worden ist, mithin, nachdem das Gericht dem A diese Befreiung zu gewähren befunden hat, dem Kammerausschusse nicht mehr zustand, die Richtigkeit des Mittellosigkeitszeugnisses und die Gesetzlichkeit des darauf gestützten gerichtlichen Bescheides in Zweifel zu ziehen, sondern im Sinne des §. 28 lit. i) der Advocatenordnung demselben oblag', auf Grund der erwirkten Stempel- und Gebührenbefreiung dem A einen unentgeltlichen Vertreter beizugeben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den Beschluß des Kammerausschusses. Gründe: Da es sich um einen summarischen Proceß handelt, in welchem an und für sich die Vertretung durch einen Advocaten nicht erforderlich ist, hat der Kammerausschuß mit Grund die Beigebung eines unentgeltlichen Vertreters verweigert, zumal an dem Orte des Proceßgerichtes kein Advocat sich befindet, mithin, selbst wenn nach der Beschaffenheit des Processes die Intervention eines Advocaten geboten wäre, nach der Verordnung des Justizministeriums v. 5. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 122, gemäß welcher die schriftlichen Eingaben bei Gericht der Fertigung durch einen Rechtsfreund nicht bedürfen, die Nothwendigkeit der Bestellung eines Advocaten wegfiele.

---

## Nr. 4028.

### Paternitätsklage: Berechnung der im §. 163 a. b. G. B. statuirten Zeit.

**Entsch. v. 24. Jänner 1871, Nr. 675 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Rann v. 6. Juli 1869, Nr. 2601 und des O. L. G. Graz vom 22. Dec. 1869, Nr. 15555). G. Z. 1871, Nr. 34. G. H. 1871, S. 87.**

Die Frage, wie die sogenannte kritische Zeit, im §. 163 a. b. G. B. in Monaten ausgedrückt, berechnet: ob der Monat zu 30 Tagen (ex numero dierum) angeschlagen oder von dem Kalendertage, mit welchem der Termin beginnt, bis zum gleichnamigen Tage des betreffenden Monats (ex nominatione dierum) gerechnet werden müsse, wurde in einem Paternitätsprocesse von beiden Untergerichten in letzterem Sinne entschieden und, da nach dieser Berechnung von dem Zeitpunkte des Beischlafes bis zur Geburt des Kindes sechs Monate noch nicht verstrichen waren, die Klage abgewiesen, obgleich der Beklagte dieselbe unbeantwortet gelassen hatte und deshalb contumacirt worden war.

Der oberste Gerichtshof hat dem Klagebegehren aus folgenden Gründen stattgegeben: Die Kläger haben in der Klage angeführt,

daß der Beklagte B mit der Mitklägerin A durch längere Zeit ein Liebesverhältniß unterhalten und in der Zeit vom 24. März bis 20. Juli 1869 mindestens einmal den Beischlaf gepflogen habe, in Folge dessen sie schwanger wurde und am 17. Jänner 1869 das Kind gebar. Da B die Klage nicht beantwortete, so sind diese Anführungen ohne Beweis für wahr zu halten und es bleibt nur die Frage übrig, ob dadurch die Vermuthung seiner Vaterschaft nach §. 163 a. b. G. B. begründet sei. — Die Entwicklung der Leibesfrucht der A bis zur Geburt war durch Naturgesetze an einen Zeitraum gebunden, dessen Berechnung von der Zeiteintheilung des Kalenders unabhängig ist. Es mußten daher erst die zwischen Beischlaf und Geburt liegenden Tage gezählt, sodann in Hinblick auf den §. 163 a. b. G. B., der nach Monaten rechnet, die Summe der Tage auf Monate gebracht, dabei aber der Monat nach dem im §. 902 a. b. G. B. gegebenen Maßstab gleichmäßig auf 30 Tage angeschlagen werden, ohne Bedachtnahme auf die für die Kindesentwicklung einflußlose verschiedene Länge der in den kritischen Zeitraum gefallenen Kalendermonate. Da nun nach dieser Berechnung selbst bei der Annahme, daß der Beischlaf erst am 20. Juli 1868, nicht früher, stattfand, von der Zeit desselben bis zum Geburtstage, 17. Jänner 1869, 180 Tage, somit volle sechs Monate abgelaufen waren, so mußte nach §. 163 a. b. G. B. auf die Vaterschaft des Beklagten erkannt werden.

---

## Nr. 4029.

### Rangordnung richterlicher Pfandrechte an Mobilien: gleichzeitige Vornahme zu verschiedener Zeit angesuchter und bewilligter Pfändungen.

**Entsch. v. 24. Jänner 1871, Nr. 769 (Best. der gleichförmigen Decr. des H. G. Prag v. 6. Oct. 1870, Nr. 54953 und des O. L. G. Prag v. 28. Nov. 1870, Nr. 44297). G. Z. 1871, Nr. 55.**

Die von A vor B angesuchte executive Mobilienpfändung bei C wurde unter Einem und an denselben Sachen vollzogen. Nach der auf Einschreiten des A abgehaltenen Versteigerung behandelte deshalb das Gericht erster Instanz beide Pfandrechte als gleichzeitig entstanden und vertheilte den für beide Forderungen nicht hinreichenden Erlös unter A und B proportionell. — Dagegen ergriff A den Appellationsrecurs und die Syndicatsbeschwerde, wurde aber vom O. L. G. abgewiesen, weil bei der gleichzeitigen Vornahme der Pfändung beide Executionsführer nach §. 342 a. G. O. auch ein gleiches Pfandrecht und den gleichen Rang in der Reihe der Pfandgläubiger haben; weil die Bevollmächtigten Beider bei der Pfändung gegenwärtig waren, ohne die Aufnahme derselben — in welcher der Gerichtsdiener beide Exe-

cutionen vollständig gleich behandelte, respective im Protokolle bezeichnete — zu beanständen; weil A nicht behauptet, viel weniger nachgewiesen hat, daß er oder sein Mandatar früher als der Bestellte des B sich wegen der Vornahme der Pfändung bei dem Expeditamte des Gerichtes im Sinne des §. 342 a. G. O. und des Hofdcr. v. 30. August 1844, J. G. S. Nr. 826, gemeldet habe; und weil nach §. 3 der kaiserl. Verordnung v. 12. März 1859, R. G. Bl. Nr. 46 (siehe auch §. 1 des Gesetzes v. 12. Juli 1872, R. G. Bl. Nr. 112), in streitigen Rechtsangelegenheiten und anderen Parteisachen, in welchen die Beschädigten den erlittenen Nachtheil durch Rechtsmittel und Beschwerden selbst hätten abwenden oder dessen Gutmachung bewirken können, das Gericht nicht verantwortlich ist. In dem dagegen ergriffenen Recurse berief A sich neuerdings auf die zeitlich vorangegangene Ueberreichung seines Pfändungsgesuches und auf die Analogie mit der Eintragung in das Grundbuch, und bemerkte, daß sein Gesuch auch früher hätte erledigt werden sollen; daß er die nachmals gepfändeten Sachen entdeckt und daß der Gerichtsvollzieher gefehlt habe, indem derselbe, von ihm zur Vornahme der Pfändung bereits entsendet, erst den B aufsuchte, damit dieser der Pfändung beitrete, mithin ein unrichtiges Protokoll aufnahm, wenn er nicht etwa durch die Literirung a (für A) und b (für B) den Unterschied und die Priorität andeuten wollte; daß von ihm — Recurrent — allerdings bereits im Appellationszuge angeführt wurde, daß er sich früher wegen Vornahme der Pfändung gemeldet habe und daß zur Erhärtung dieser Thatsache die Einvernehmung der Beamten der Expeditskanzlei und des Gerichtsvollziehers nöthig sei.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs mit Bezugnahme auf die obergerichtlichen Motive und mit dem Zusatz, daß auch nach der Pfändung vom Vertreter des A, obgleich ihm mit gerichtlichem Bescheid die Erhebung einer Abschrift des Pfändungsprotokolles freigestellt worden war, gegen die Vornahme derselben keine Beschwerde angebracht, sondern auf Grund des Protokolls die Feilbietung begehrt wurde, wonach angenommen werden muß, daß A die Art der Vornahme genehmigt habe, somit der von ihm im Appellationsrecurs, in der Syndicatsbeschwerde und im Revisionsrecurs angeführte Vorgang sich nicht als entscheidend darstellt; §. 3 der kaiserl. Verordnung v. 12. März 1859, Nr. 46.

---

## Nr. 4030.

### Bewilligung der im §. 822 a. b. G. B. vorgesehenen Sicherstellung nach erfolgter Einantwortung der Erbschaft.

**Entsch. v. 24. Jänner 1871, Nr. 787 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Kuty v. 30. Nov. 1868, Nr. 3923 und des O. L. G. Lemberg v. 4. März 1870, Nr. 2779). Zeitschr. f. d. Notariat 1871, Nr. 24.**

Auf Grund des rechtskräftigen Schiedsspruches, wodurch B zur Zahlung von 800 fl. an A verurtheilt und demselben das Recht ein-

geräumt wurde, den Schiedsspruch auf den dem B aus dem Nachlasse des M zugefallenen Antheilen einer Liegenschaft intabuliren zu lassen, begehrte A nach bereits erfolgter Einantwortung der Verlassenschaft des M die Intabulation seiner obigen Forderung mit der Klausel des §. 822 a. b. G. B., auf den erwähnten dem B noch nicht bücherlich zugeschriebenen Realitätenantheilen. — Sein Gesuch wurde von beiden Untergerichten abgewiesen, weil die Sicherstellung nach §. 822 a. b. G. B. nur vor der Einantwortung gewährt und die Intabulation der Verbindlichkeit des B nur auf den ihm grundbücherlich zugeschriebenen Liegenschaften bewilligt werden kann, B aber an die Gewähr der ihm nach M zugefallenen Realitätenantheile noch nicht gebracht ist.

Der oberste Gerichtshof verordnete die nachgesuchte Intabulation mit der Klausel des §. 822 a. b. G. B. aus folgenden Gründen: Schon aus der klaren Fassung des §. 822 a. b. G. B.: „Gläubiger des Erben können das demselben angefallene Erbgut auch vor der an ihn erfolgten Einantwortung mit Verbot, Pfändung und Vormerkung" u. s. w., geht hervor, daß eine solche Vormerkung um so mehr nach erfolgter, aber im Grundbuche noch nicht ersichtlich gemachten Einantwortung zulässig ist. Die Beschränkung dieses Sicherstellungsmittels auf den Zeitraum der noch schwebenden Verlassenschaftsabhandlung entspricht noch weniger dem Geiste und der offenbaren Absicht des Gesetzes, da jenes Recht der Sicherstellung, welches dem Gläubiger schon während der Nachlaßberichtigung gegen den Erben zustand, nach der Einantwortung ihm füglich nicht entzogen, und er, bei der offenbar nachhaltigeren rechtlichen Wirkung der Einantwortung im Vergleiche mit jener der Erbserklärung, nach der Einantwortung nicht schlechter gestellt werden kann, als vor derselben, — zumal in dem vorliegenden Falle nicht, wo die Nachlaßrealität noch auf den Namen des Erblassers eingetragen ist, die Forderung des A auf einem rechtskräftigen Spruche beruhet und B in dem Compromisse zur künftigen Intabulation des Spruches in dem Lastenstande der ihm zugefallenen Realitätenantheile ausdrücklich eingewilligt hat, daher es nicht zulässig ist, die Sicherstellung des von A erworbenen Rechtes durch die von B unterlassene Intabulation des Einantwortungsdecretes illusorisch zu machen.

---

## Nr. 4031.

### Unzulässigkeit der Einleitung des Mandatsverfahrens auf Grund pränotirter Urkunden.

**Entsch. v. 24. Jänner 1871, Nr. 793 (Best. des das Decr. des B. G. Graz v. 11. Nov. 1870, Nr. 23181, abänd. Decr. des O. L. G. Graz v. 6. Dec. 1870, Nr. 14750). G. H. 1871, S. 104.**

Zur Hereinbringung einer grundbücherlich pränotirten Geldforderung wurde nach §. 1 lit. c) der Verordnung v. 18. Juli 1859,

R. G. Bl. Nr. 130, von dem Gerichte erster Instanz der Zahlungsbefehl erlassen. — Das O. L. G. hob den Zahlungsbefehl auf.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung der zweiten Instanz, weil die Zulässigkeit der Zahlungsauflage nach der citirten Gesetzesstelle durch die Vorlage von Urkunden bedingt ist, auf deren Grund die eingeklagte Forderung in dem öffentlichen Buche einverleibt erscheint, bei dem wesentlichen Unterschiede aber, welcher nach den §§. 438, 439 und 453 a. b. G. B. in den Rechtswirkungen zwischen der Einverleibung und Vormerkung besteht, im Sinne des §. 1 lit. c) der Verordnung v. 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, die Pränotation der Einverleibung nicht gleichgestellt werden darf.

---

## Nr. 4032.

### Verjährung durch Urtheil zuerkannter Zinsen: Einwendung der Verjährung im Oppositionsverfahren.

**Entsch. v. 24. Jänner 1871, Nr. 805 (Best. des das Decr. des H. G. Prag v. 11. Juli 1870, Nr. 41715, theilweise abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 14. Nov. 1870, Nr. 40241). G. Z. 1871, Nr. 20.**

Auf Grund des gegen die C am 31. December 1846 erwirkten Auftrages zur Zahlung einer Wechselforderung nebst den Zinsen von diesem Tage ab, hatte die Gläubigerin A die Realexecution gegen ein Gut der C eingeleitet und, nachdem dasselbe von der B gekauft worden war, im Jahre 1870 die Ausschreibung der Feilbietung erwirkt. Um die Versteigerung zu vermeiden, deponirte die B bei Gericht 460 fl., worauf die A die executive Einantwortung des ihrer Forderung an Capital und Zinsen gleichkommenden Theilbetrages und dessen Erfolglassung aus dem Depositum begehrte. — Das Gericht erster Instanz bewilligte die Erfolglassung in dem ganzen Umfange des Begehrens. Auf den Recurs der B, welche nach der Ueberreichung des Einantwortungsgesuches der A gegen dieselbe die Oppositionsklage auf Erlöschung des Executionsrechtes in Betreff der Zinsen vom 31. December 1846 bis Juni 1867, durch Verjährung, eingebracht hatte, wurde von dem O. L. G. die executive Erfolglassung auf den Betrag des Capitals und der Zinsen seit Juni 1867 beschränkt, weil die B den über drei Jahre ausständigen Zinsen die Einwendung der Verjährung entgegengesetzt hat, diese auch im Executionsverfahren nach §. 1480 a. b. G. B. und Justizministerialverordnung vom 21. Juli 1858, R. G. Bl. Nr. 105, durchgreifend erscheint, demnach, so lange der anhängig gewordene Rechtsstreit nicht endgiltig entschieden ist, der darauf entfallende Baarbetrag der A nicht erfolgt werden kann.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung, in Erwägung, daß nach der Verordnung des Justizministeriums

vom 21. Juli 1858, R. G. Bl. Nr. 105, auch durch Urtheil zugesprochene Zinsen, wenn es sich nicht um die Zahlung blos verfallener, sondern um das Zuerkenntniß künftig verfallender Zinsen handelt, der im §. 1480 a. b. G. B. ausgedrückten Verjährung dann unterliegen, wenn die Execution nicht rechtzeitig angesucht wird; daß das Bedenken einer solchen Verjährung aus dem Inhalte des Executionsgesuches der A, da in demselben die Zinsen vom 31. December 1846 bis Juni 1870 angesprochen werden, und aus dem Inhalte des Zahlungsauftrages, worin der A die seit dem 31. December 1846 laufenden und künftig verfallenden Zinsen von dem Wechselbetrage zugesprochen wurden, hervorgeht, und daher von dem Executionsrichter bei der Erledigung des Executionsgesuches nicht unbeachtet bleiben konnte, wodurch übrigens der Proceßentscheidung über den Bestand der erwähnten Verjährung und die etwa erfolgte Unterbrechung derselben nicht vorgegriffen wird.

---

## Nr. 4033.

### Unterlassung der Concurseröffnung wegen Abganges eines die Kosten deckenden Vermögens? Unzulässigkeit der Bedingung, daß der die Concurseröffnung begehrende Gläubiger die Kosten decke.

**Entsch. v. 24. Jänner 1871, Nr. 817 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 23. Oct. 1870, Nr. 59789 und des O. L. G. Wien v. 30. Nov. 1870, Nr. 23492). G. Z. 1871, Nr. 29.**

A begehrte auf Grund zweier Accepte des B, der für dieselben erwirkten Zahlungsauflagen und einer beglaubigten Abschrift des Protokolles, welches über die wegen eingebrachter Einwendungen zur Sicherstellung bewilligte executive Pfändung aufgenommen war und zeigte, daß B von mehreren Executionen verfolgt werde, die Anordnung einer Tagfahrt nach §. 63 C. O. gegen B, welche abgehalten und von dem Gericht erster Instanz mit dem Bescheid erledigt wurde, daß, nach vorgängigem Erlag von 50 fl. zur Deckung der Kosten der Concursverhandlung von Seite des A, sofort die Eröffnung des Concurses stattfinden werde, — weil nicht vorliege, daß das Vermögen des B hiezu ausreicht, und dem Staate die Kosten einer vergeblich durchgeführten Concursverhandlung nicht aufgebürdet werden können. — Das O. L. G. bestätigte diesen Bescheid.

Auf den a. o. Revisionsrecurs hat der oberste Gerichtshof die Eröffnung des Concurses über das Vermögen des letzteren ohne die dem A auferlegte Bedingung des vorläufigen Erlages eines Betrages von 50 fl. zur Deckung der Kosten der Concursverhandlung bewilligt, weil A durch die Wechselaccepte des B, die Zahlungsauflagen und das

Pfändungsprotokoll der Vorschrift des §. 63 C. O. Genüge geleistet, B aber dem Auftrage zur Bedeckung der Forderungen des A oder Vorlage des Verzeichnisses seines Vermögens- und Schuldenstandes nicht entsprochen hat; weil ferner sich aus dem Pfändungsprotokolle das Vorhandensein eines an sich zur Concurseröffnung geeigneten Vermögens ergibt und, wenn auch das in diesem Protokolle beschriebene Vermögen zu Gunsten des C wegen einer Forderung von 500 fl. gepfändet erscheint und nach §. 38 C. O. von dem Erlöse des gepfändeten Vermögens vorerst die auf das gepfändete Gut sich beziehenden Masseschulden und die Pfandforderungen zu berichtigen sind, derzeit im Sinne des §. 66 C. O. noch nicht vorliegt, daß das Vermögen zu gering sei, um die Kosten der Concursverhandlung zu decken, da der Werth der gepfändeten Gegenstände und sonach die Unzulänglichkeit zur Befriedigung der Pfandforderungen nicht festgestellt ist, die Pfandforderungen bei dem Concurse erst geltend gemacht und liquidirt werden müssen, überdies nicht dargethan ist, daß das gepfändete Vermögen das einzige des Executen sei, und im Falle der sich allenfalls seinerzeit ergebenden Unzulänglichkeit des Vermögens zur Deckung der Kosten der Concursverhandlung eben der §. 154 C. O. Anwendung findet; weil endlich die Forderung eines Vorschusses oder einer Caution von dem um die Concurseröffnung einschreitenden Gläubiger zur Deckung der Concursverhandlungskosten für den Fall der Unzulänglichkeit des Vermögens, in den Bestimmungen der C. O. und insbesonders der §§. 63, 66 und 154 derselben gar nicht begründet ist, sonach zur Beeinträchtigung der aus der C. O. sich ergebenden Rechte der Gläubiger führen würde.

---

## Nr. 4034.

### Besitzstörung durch Aufackern einer Wasserfurche; Competenz der Gerichte; Legitimation des Gatten der Besitzerin zur Proceßführung.

**Entsch. v. 25. Jänner 1871, Nr. 650 (Best der gleichförmigen Decr. des B. G. Leitomischl v. 30. August 1870, Nr. 8294 und des O. L. G. Prag v. 7. Nov. 1870, Nr. 35399). G. Z. 1871, Nr. 14.**

Gegen die Entscheidung beider Untergerichte, wodurch in dem possessorium summariissimum der von ihrem Ehemanne Johann A vertretenen Rosalia A wider B wegen Störung in dem Besitze durch eigenmächtige Aufackerung einer Furche in dem Grundstücke der Klägerin dem Klagebegehren stattgegeben wurde, ergriff B den a. o. Revisionsrecurs, weil 1. Johann A ohne schriftliche Vollmacht seiner Frau zur Proceßführung nicht legitimirt war; 2. der Streitgegenstand durch das Flurgesetz den antonomen Organen zugewiesen, daher dem

gerichtlichen Verfahren entzogen sei; 3. eine Besitzstörung nicht stattgefunden habe, da die Klägerin ihr Grundstück sowie früher benutzen könne und der Beklagte nur eine Arbeit verrichtet habe, welche der Klägerin selbst oblag, indem sie verpflichtet sei, die Wasserfurche in brauchbarem Stande zu erhalten.

In Erwägung, daß nach §. 1238 a. b. G. B. die rechtliche Vermuthung gilt, daß die Gattin ihrem Manne als ihrem gesetzlichen Vertreter die Verwaltung ihres freien Vermögens anvertraut habe, und der Gatte nach §. 1239 a. b. G. B. in Rücksicht einer solchen Verwaltung überhaupt wie ein anderer bevollmächtigter Sachverwalter anzusehen ist; daß die Abwehr eines Eingriffes in den Besitz sich als ein Act der ordentlichen Verwaltung darstellt, wozu eine besondere Vollmacht nicht erforderlich ist; daß im vorliegenden Falle nicht ein Feldfrevel, nicht die Zueignung oder Beschädigung von Feldfrüchten, sondern die Störung des ruhigen Besitzes eines Grundstückes durch eigenmächtige Vornahme von Besitzhandlungen über dasselbe in Frage steht, derlei Streitigkeiten aber nach §. 55 der Civil-Jurisd.-Norm zur Competenz der Gerichte gehören; daß das Ziehen von Furchen auf einem fremden Felde allerdings eine Besitzstörung bildet und selbst das allfällige Recht des Beklagten, zu fordern, daß Klägerin eine bestehende Wasserfurche im brauchbaren Stande erhalte, ihn nicht berechtigen würde, eigenmächtig die Furche auf dem Grunde der Klägerin selbst herzustellen, — hat der oberste Gerichtshof den Recurs verworfen.

---

## Nr. 4035.

### Besitzstörung durch Abtragung eines Hauses: Anstellung der Besitzklage nach vollendeter Demolirung.

**Entsch. v. 25. Jänner 1871, Nr. 728 (Best. des Decr. des B. G. Krakau v. 10. April 1870, Nr. 717, Abänd. des Decr. des O. L. G. Krakau vom 20. Oct. 1870, Nr. 8057). G. H. 1871, S. 50.**

Ein zur Verlassenschaft des M gehöriges, von den Erben A und B gemeinschaftlich besessenes und benutztes Haus wurde von B und von dem dritten Erben C abgetragen. A belangte nun B und C in possessorio summariissimo und erwirkte in erster Instanz gegen die Beklagten das Erkenntniß, daß sie bei Geldstrafen sich jeder weiteren Besitzstörung zu enthalten und das Haus binnen 14 Tagen wieder herzustellen haben. — Von dem O. L. G. wurde der Kläger ab- und auf den ordentlichen Rechtsweg gewiesen, weil das Object der Besitzstörung nicht mehr besteht und der Kläger, um in dem Besitze des Hauses sich zu erhalten, nach §. 9 der kaiserl. Verordnung vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12, und nach dem §§. 340 und 342 a. b. G. B. bei Gericht hätte einschreiten sollen, damit den Beklagten die Demolirung des Hauses untersagt werde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung (mit Erweiterung der Frist zur Herstellung des Hauses auf zwei Monate) und bemerkte in den Motiven: „Die dem obergerichtlichen Erkenntnisse zu Grunde gelegte Auffassung muß als eine unrichtige bezeichnet werden, weil im Sinne der citirten gesetzlichen Bestimmungen der Besitzer einer unbeweglichen Sache in dem dort vorausgesetzten Fall wohl berechtigt ist, die Untersagung des ihm drohenden Eingriffes in seinen Besitz gerichtlich zu fordern, nach Umständen (§. 344 a. b. G. B.) sogar Gewalt mit Gewalt abzutreiben, — allein daraus nicht folgt, daß die unterlassene Anwendung solcher Rechtsmittel den Besitzer des Anspruches auf den gesetzlichen Schutz verlustig macht, da ihm oft nicht einmal möglich ist, den Eingriff und die demselben unmittelbar folgende Veränderung des Angriffsobjectes vorauszusehen und der §. 346 a. b. G. B. bei der ordentlichen Besitzklage und der §. 5 der kais. Verordnung vom 27. October 1849, Nr. 12, in possessorio summariissimo die Zurückversetzung in den vorigen Stand vorschreiben. Die zur Herstellung des Hauses offenbar unzulängliche Frist von 14 Tagen mußte entsprechend erweitert werden.

---

## Nr. 4036.

### Rechtsmittel gegen die Verweigerung der Ausfolgung einer gemeinschaftlichen Urkunde.

**Entsch. v. 26. Jänner 1871, Nr. 9212 (Best. des das Urth. des L. G. Lemberg v. 14. August 1869, Nr. 53599, abänd. Urth. des O. L. G. Lemberg v. 22. Dec. 1869, Nr. 34971). G. H. 1871, S. 342.**

Die A hatte mit der B zum Betriebe eines Modewaarengeschäftes einen Gesellschaftsvertrag geschlossen, der nur in Einem Exemplar errichtet wurde und sich nicht in den Händen der A befindet. Da die B einige Bestimmungen des Vertrages nicht erfüllt hat und die A deshalb gegen sie den Rechtsweg betreten wollte, für welchen sie den Societätsvertrag als Beweisthum nöthig hatte, belangte sie die B nach §§. 248 und 249 westg. G. O. mit dem Begehren, daß die B verurtheilt werde, die schriftliche Vertragsurkunde bei Strafe von 100 fl. im Original ihr auszustellen; in der Replik modificirte sie das Klagebegehren dahin, daß die B für schuldig erklärt werde, die Uebereinstimmung der dem Klagelibell beigelegten Abschrift des Societätsvertrages mit der Urschrift desselben zu bestätigen. — Von der ersten Instanz wurde die Klägerin aus folgenden Gründen abgewiesen: Die B hat mit Recht die Anwendbarkeit der §§. 248 und 249 westg. G. O. auf den vorliegenden Fall bestritten. Nach dem §. 844 a. b. G. B. ist die in Frage stehende Vertragsurkunde gemeinschaftliches Eigenthum beider Theile und hat das Original in den Händen des

ersten ältesten Socius zu verbleiben, während die anderen Gesellschafter auf ihr Verlangen nur beglaubigte Abschriften davon zu bekommen haben. Aus der von der A vorgelegten Abschrift der Urkunde erhellt, daß die B der Gesellschaft mit einem Capital von 3795 fl., die A hingegen mit nur 342 fl. beigetreten ist; die B, welche darin auch zuerst angeführt ist, muß daher als die ältere und Hauptgesellschafterin angesehen werden. Demnach ist das Begehren der Klage unzulässig, sowie auch das in der Replik gestellte Begehren, da die A, auch nach den citirten Paragraphen, nur die Ausstellung einer Urkunde auf ihre Kosten fordern könnte." — Das O. L. G. verurtheilte die B nach dem Begehren der Replik.

In Erwägung, daß die B zugesteht, daß sie den Societätsvertrag mit der A geschlossen hat, daß die nur in Einem Exemplar ausgefertigte Vertragsurkunde nicht in dem Besitze der A ist und daß derselben Rechte aus dem Vertrage zukommen; daß die B das von der A geforderte schriftliche Beweismittel, wie sich aus ihrer Vertheidigung ergibt, thatsächlich verweigert; daß die in der Replik gestellte Bitte der Klägerin auf demselben Rechtsgrunde, wie die Schlußbitte der Klage, nämlich auf den der A aus dem Vertrage zustehenden Rechten beruhet und das kleinere Begehren der Replik nicht eine Aenderung des Klagegegenstandes enthält, übrigens von der B selbst die Verpflichtung, der Klägerin eine schriftliche Bestätigung, daß sie mit derselben einen Societätsvertrag dieses (mit der vorgelegten Abschrift übereinstimmenden) Inhalts geschlossen habe, auszufertigen, in der Einrede zugestanden worden ist, — hat der oberste Gerichtshof das Urtheil des O. L. G. bestätigt.

---

## Nr. 4037.

### Gemeinschaftliches Ausgedinge: Tod eines der Auszugsberechtigten.

**Entsch. v. 26. Jänner 1871, Nr. 9659 (Best. des das Urth. des B. G. Brünn v. 5. Sept. 1869, Nr. 10184, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn v. 8. Februar 1870, Nr. 1656). G. H. 1871, S. 275.**

In dem Vertrage, mit welchem die Eheleute Lorenz und Franziska A ihre Realität dem B zum Eigenthume abtraten, wurde ihnen ein Quantum Holz und Salz als jährliches Ausgeding ausdrücklich bis zum Tode Beider vorbehalten, ferner der Uebergang eines dem C eingeräumten, in Getreide bestehenden Ausgedinges auf die genannten Eheleute nach dem Tode des C, stipulirt. Als C und nach ihm Lorenz A gestorben waren, belangte Franziska A den B auf Leistung des ganzen Ausgedinges und wurde in erster Instanz mit ihrem Begehren abgewiesen. — Das O. L. G. erkannte aus folgenden Gründen nach

dem Klagebegehren: „Nach dem Abtretungsvertrage, worin das Ausgeding Beiden gemeinschaftlich und bis zum Tode Beider versprochen wurde, ist die Klägerin seit dem Tode ihres Mannes zur Forderung des ganzen Ausgedinges berechtigt, umsomehr, als dasselbe als ein Theil des Entgeltes für die Abtretung der Liegenschaft zu betrachten ist, daher eine Verminderung der Ausgedingsleistung einem nachträglichen, dem Vertrage widerstreitenden Nachlasse von dem Kaufschillinge gleich käme. Da das Ausgeding in der Regel zum Unterhalte des abtretenden Theiles bedungen wird, so kommt auch noch der Umstand zu berücksichtigen, daß offenbar die Hälfte dessen, was zum Unterhalte von zwei in gemeinsamem Haushalte lebenden Personen hinreichen mag, für den Unterhalt einer von ihnen in dem allein geführten Haushalte nicht genügen würde, zumal in dem vorliegenden Falle, wo ziemlich geringe Ausgedingsbezüge stipulirt sind."

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil mit Bezugnahme auf die vorstehende Begründung.

---

## Nr. 4038.

### Einfluß der executiven Veräußerung einer verpachteten Sache auf das verbücherte Bestandverhältniß.

**Entsch. v. 26. Jänner 1871, Nr. 10809 (Best. des das Urth. des B. G. Pürglitz v. 8. Februar 1870, Nr. 393, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 7. Juni 1870, Nr. 17108). G. H. 1871, S. 109.**

B ist der im Grundbuche eingetragene Pächter eines Feldes, welches zu einem von A im Executionswege gekauften Gute gehört. Nachdem A in den Besitz des Gutes als Ersteher bereits eingeführt worden war, bezog B die Fechsung von dem Pachtgrunde und wurde darauf von A, ohne vorgängige Kündigung des Pachtvertrages, auf Zahlung des Werthes der eingeheimsten Früchte per 98 fl. belangt. — Das Gericht erster Instanz entschied nach dem Klagebegehren, — das O. L. G. gegen dasselbe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Die Veräußerung der Bestandsache hat nicht die Auflösung des Bestandvertrages zur nothwendigen Folge; nach den §§. 1120 und 1121 a. b. G. B. muß der Bestandnehmer dem Käufer weichen, d. h. er kann auf der Fortsetzung des Bestandvertrages nicht bestehen, wenn der Käufer denselben nicht zuhalten will. Wenn daher der Letztere seinen Willen, das Vertragsverhältniß aufzuheben, nicht erklärt und nicht verlangt hat, daß der Bestandnehmer ihm weiche, so tritt in dem Bestandverhältnisse eine Aenderung nicht ein, weil das Gesetz nicht bestimmt, daß durch den Verkauf der Bestandvertrag erlischt. Da nun der Kläger nicht behauptet, daß er nach dem Zuschlage

des Gutes dem Beklagten den Willen, die Pachtsache in eigene Benutzung zu übernehmen, eröffnet und ihn aufgefordert habe, ihm zu weichen; da er ferners die Fechsung durch den Beklagten ohne Anstand wegführen ließ, so hat dieser durch den Bezug derselben nur von seinem Bestandrechte Gebrauch gemacht und dem Kläger durch sein Verschulden keinen Schaden zugefügt: er kann daher zu dessen Entschädigung für den Entgang der Fechsung nicht verurtheilt werden.

---

## Nr. 4039.

### Actio negatoria: Beweislast.

**Entsch. v. 26. Jänner 1871, Nr. 12001 (Best. des das Urth. des B. G. Knittelfeld v. 30. Dec. 1868, Nr. 2983, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 22. Dec. 1869, Nr. 15703). G. Z. 1871, Nr. 39. G. H. 1871, S. 67.**

In dem durch die negatorische Servitutsklage des A gegen B hervorgerufenen Proceß bestätigte der oberste Gerichtshof das dem Klagebegehren stattgebende Urtheil der zweiten Instanz aus den folgenden, die Frage der Beweislast erörternden Gründen: Das Eigenthum des Klägers an der Wiese X ist unbestritten und vom Beklagten wurde zugestanden, daß er seit Jahren darüber fahre. Die gesetzliche Vermuthung streitet für die Freiheit des Eigenthums und B, welcher die Beschränkung desselben durch das Recht des Fahrweges behauptet, muß diese Beschränkung, resp. die Erwerbung seines angeblichen Rechtes beweisen. Wenn der §. 523 a. b. G. B. ausspricht, daß der Eigenthümer die Anmaßung der Servitut beweisen muß, so hat diese Vorschrift nur die Bedeutung, daß er die Thatsache der Störung seines Eigenthums durch die vom Beklagten beanspruchte Servitut darzuthun hat; das Wort „Anmaßung" kann jedoch nicht dahin gedeutet werden, daß der Kläger auch beweisen müsse, daß dem Beklagten die Servitut rechtlich nicht zustehe, sondern der Beklagte, welcher behauptet, daß sein Eingriff nicht Anmaßung, sondern ein ihm gebührendes Recht sei, muß dessen Erwerbung beweisen. Durch den §. 323 a. b. G. B. wird der Besitzer nur gegen die Aufforderung geschützt, als Kläger einen giltigen Titel seines Besitzes nachzuweisen; wenn er aber, wie hier, von dem Eigenthümer mit der negatorischen Servitutsklage belangt wird, so muß er dem unbeschränkten Eigenthümer gegenüber nachweisen, daß die Dienstbarkeit ihm zustehe. Diesen Beweis hat der Beklagte nicht geliefert; denn mit dem voraufgegangenen, zu seinen Gunsten lautenden Erkenntniß in possessorio summariissimo wurde nur über den thatsächlichen Besitz, nicht aber über das Recht zur Ausübung entschieden und dadurch, daß der Beklagte 19—20 Jahre über die Wiese des Klägers gefahren ist, wurde er nicht berechtigt, diese factische Ausübung der Servitut in ein fortwährendes Recht zu verwandeln.

---

## Nr. 4040.

### Abtrennung einer Parcelle von einem belasteten Grundstück: Unterbrechung der Verjährung gegenüber dem Besitzer der Parcelle durch Leistung seitens des Besitzers des Hauptgutes.

Plenar-Entsch. v. 31. Jänner 1871, Nr. 14026 (Best. der gleichförmigen Urth. des K. G. Tarnopol v. 31. März 1870, Nr. 2035 und des O. L. G. Lemberg v. 12. Juli 1870, Nr. 18957). Zeitschr f. d. Notariat 1872, Nr. 15.

Von Alters her haftete auf dem Gute X und dem Attinens Y die Verbindlichkeit zu einer jährlichen Leistung an das Kloster B, welche später in eine Geldleistung umgewandelt wurde. Noch im Jahre 1792 erfolgte die Abtrennung der Parcelle Y von dem Hauptgute, die Bildung eines besonderen Tabularkörpers aus derselben mit Uebertragung aller auf dem Ganzen intabulirten Lasten. Von dem ersten Erwerber C überging die Parcelle auf die Eheleute A, welche im Jahre 1869 gegen die Finanzprocuratur in Vertretung des Religionsfondes aus dem Grunde der Verjährung auf grundbücherliche Löschung der Verbindlichkeit der Geldleistung klagten, weil von den Besitzern der Parcelle Y seit 1792 der jährliche Geldbetrag nicht geleistet, noch von dem Kloster, und nach dessen Aufhebung von dem Religionsfonde, seit jener Zeit gefordert wurde. Die Haupteinwendung der Finanzprocuratur bestand darin, daß die Besitzer des Hauptgutes X bis 1836 den jährlichen Betrag pünktlich gezahlt haben — was durch amtliche Urkunden nachgewiesen wurde — mithin der Religionsfond, indem er sein Recht bis zum Jahre 1836 gegen die Besitzer des Hauptgutes ausübte, dasselbe nicht verloren hat (§. 1482 a. b. G. B.), bis dahin also auch gar nicht veranlaßt war, es auch gegen die Besitzer der Parcelle Y zu verfolgen, von dem Jahre 1836 bis zum Tag der Klage aber die Verjährungszeit von 40 Jahren nicht verstrichen ist (§. 1472 a. b. G. G.) — Beide Untergerichte haben auf Grund dieser Einwendung die Klage abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof verwarf die außerordentliche Revisionsbeschwerde der Kläger in Erwägung, daß nach §. 1482 a. b. G. B. derjenige, welcher ein Recht auf einem fremden Grunde in Ansehung des Ganzen oder auf verschiedene beliebige Arten ausüben konnte, blos dadurch, daß er es — durch noch so lange Zeit — nur auf einem Theile des Grundes oder nur auf bestimmte Art ausübte, in seinem Rechte nicht eingeschränkt wird; daß durch die Abtrennung der Parcelle Y von dem Gütercomplexe X und deren Uebertragung auf einen neuen Besitzer nur eine Veränderung in der Person des Eigenthümers der Pfandsache, nicht in den auf den Gütern gemeinsam haftenden Lasten herbeigeführt wurde, weil die Einwilligung des Tabulargläubigers zu einer solchen Abtrennung der Tabularlast nicht vorliegt; daß bei dem Bestehen der Simultanhypothek auf allen ehemals zum Gute X gehörigen Theilen für die in Rede stehende Gerechtsame durch die unausgesetzte Ausübung der intabulirten Gerechtsame gegen den Be-

sitzer einer der simultan haftenden Liegenschaften auch der Verjährung des Pfandrechtes an den übrigen mitverpfändeten Realitäten Einhalt gethan wird (§. 1482 a. b. G. B.), so lange nicht die Erwerbung eines Untersagungs- oder Hinderungsrechtes dargethan ist, welcher Beweis aber hier nicht geliefert wurde.

---

## Nr. 4041.

### Widerruf einer Schenkung nach Ermächtigung des Beschenkten zur Behebung der geschenkten Summe aus einer dem Schenker angefallenen, in Abhandlung befindlichen Erbschaft.

**Entsch. v. 31. Jänner 1871, Nr. 888 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 30. August 1870, Nr. 101329 und 101330, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 2. Nov. 1870, Nr. 21218). Jur. Bl. 1872, Nr. 3.**

A hatte der polnisch-israelitischen Cultusgemeinde durch Urkunde 10.000 fl. zur Erbauung einer Synagoge geschenkt und in einer zweiten Schrift den B als Vorstand der Gemeinde diese Summe aus der dem A nach dem Tode seines Bruders M angefallenen Erbschaft zu erheben ermächtigt. Auf Grund dieser Urkunden bewilligte das Gericht der M'schen Verlassenschaftsabhandlung die depositenamtliche Vormerkung der dem Vorstande der Cultusgemeinde eingeräumten Rechte an dem Erbvermögen und die Protokollirung der Urkunden bei den Verlassenschaftsacten. Später bereute A die Schenkung, widerrief dieselbe und die zweite Erklärung in zwei notariell beglaubigten Urkunden und bat bei dem Abhandlungsgerichte um die Protokollirung des Widerrufes bei den Verlassenschaftsacten und um die depositenamtliche Anmerkung desselben. — Das in erster Instanz bewilligte Gesuch des A wurde von dem O. L. G. abgewiesen, weil dessen Inhalt nach Hofdcr. v. 25. Juni 1789, J. G. S. Nr. 1026, zur gerichtlichen Kenntnißnahme und Verständigung nicht geeignet sei und dem Gesuchsteller lediglich bevorstehe, sein vermeintliches Recht auf dem Proceßwege auszutragen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung der zweiten Instanz in Erwägung, daß die Abhandlungsbehörde nicht berufen ist, zwischen Parteien die Auswechslung von Erklärungen über Rechtsansprüche und Rechtsverwahrungen zu vermitteln, und bei einander entgegenstehenden Ansprüchen, die nur auf dem Proceßwege ausgetragen werden können, durch gerichtliche Kenntnißnahme und Hinterlegung von solchen Erklärungen Acte zu statuiren, deren rechtliche Folgen und Wirkungen eben wegen der Streitigkeit des Rechtsverhältnisses gänzlich in Frage gestellt erscheinen.

---

## Nr. 4042.

### Voraussetzungen der Einleitung des Mandatsverfahrens zur Einbringung von Advocatengebühren.

**Entsch. v. 31. Jänner 1871, Nr. 1145 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 21. Oct. 1870, Nr. 59471, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 30. Nov. 1870, Nr. 23650). G. Z. 1871, Nr. 50.**

Die Executionsklage des Advocaten A wider seinen Clienten B war gegründet: 1. auf die von B dem A ausgestellten Vertretungsvollmachten und 2. auf die gerichtlichen Bescheide, womit die Kosten der Vertretung des B durch A in mehreren Processen liquidirt worden sind. Mit einem von diesen Bescheiden liquidirte das Gericht die Kosten auf das Ausbleiben des B von der in Folge des Expensenbestimmungs-Gesuchs angeordneten Tagfahrt; in den übrigen Bescheiden heißt es, daß die Expensen nach der von B nach der Tagfahrt „unter ausdrücklichem Vorbehalte aller Einwendungen gegen die Richtigkeit der einzelnen Posten und gegen seine Zahlungspflicht" erklärten Zustimmung auf . . . bestimmt werden. Die aus sämmtlichen Bescheiden resultirende Summe war der Gegenstand der Klage, auf welche das Gericht erster Instanz nach dem Begehren des A den Executivproceß einleitete.

Vom O. L. G. und dem obersten Gerichtshofe hingegen wurde die Einleitung des ordentlichen Verfahrens in der Erwägung verfügt, daß durch den Bescheid der Kostenbestimmung weder die Fälligkeit des liquidirten Betrages noch die Verpflichtung des Clienten zu dessen Zahlung dargethan und darüber nach dem Schlußsatze des Hofdcr. v. 4. October 1833, J. G. S. Nr. 2633, erst nach vorgängigem contradictorischem Verfahren durch Urtheil zu erkennen ist; daß somit die der Klage zum Grunde liegenden Bescheide im Sinne des Gesetzes zur Einleitung des Verfahrens nach §. 298 a. G. O. und Hofdcr. v. 7. Mai 1839, J. G. S. Nr. 358, nicht geeignet sind.

---

## Nr. 4043.

### Unmöglichkeit der Eidesleistung in Folge geistiger Erkrankung des Eidespflichtigen? Form für die Geltendmachung ihrer Wirkung.

**Entsch. v. 1. Februar 1871, Nr. 1056 (Best. des das Decr. des B. G. Peuerbach v. 29. Juli 1870, Nr. 1977, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 9. Nov. 1871, Nr. 21904). G. Z. 1871, Nr. 37.**

Nachdem der Geklagte B zur Zahlung der Klageforderung für den Fall der Nichtablegung des ihm aufgetragenen Haupteides rechtskräftig verurtheilt worden war, trat sein Vertreter den Haupteid an, welcher jedoch nach der Mittheilung des hiezu requirirten Gerichtes

dem B nicht abgenommen werden konnte, weil derselbe inzwischen irrsinnig geworden war. — Auf Grund des Urtheils und dieser Mittheilung bewilligte das Gericht erster Instanz die vom Kläger begehrte Mobilienexecution; von dem O. L. G. wurde das Executionsgesuch abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz in Erwägung, daß es dem Executionsführer obliegt, nachzuweisen, daß die Bedingung, von welcher sein behauptetes Recht abhängig gemacht wurde, wirklich eingetreten ist, daher im vorliegenden Falle, daß der im Urtheile zugelassene und von dem Geklagten durch dessen Vertreter angetretene Haupteid deshalb, weil derselbe nicht abgelegt wurde, im Sinne des obigen Urtheils für nicht abgelegt zu halten und das Befugniß des Geklagten zur Ablegung dieses Eides erloschen sei.

---

## Nr. 4044.

## Actio negatoria: Ersitzung einer Servitut durch eine Gemeinde.

Entsch. v. 3. Februar 1871, Nr. 10940 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Prag v. v. 7. Dec. 1869, Nr. 25098 und des O. L. G. Prag vom 23. Mai 1870, Nr. 17209). G. H. 1871, S. 267.

Die negatorische Klage des A gegen die Gemeinde B, in welcher der Kläger um das Erkenntniß bat, daß für die Gemeinde B und für deren Insassen die Servitut des Durchganges durch die Mühlenrealität des A nicht bestehe, wurde von dem Kläger mit dem die Freiheit seines Eigenthumes nachweisenden Grundbuchsauszuge unterstützt und beklagterseits mit der Einwendung der Erwerbung der Dienstbarkeit durch Ersitzung angefochten, welche Einwendung nach durchgeführtem Zeugenbeweise von dem Kläger aus mehreren Gründen bekämpft ward, die in den nachstehenden Motiven des die Klage abweisenden oberstgerichtlichen Urtheiles angeführt und besprochen sind. Diese Motive lauten: Es ist von dem Kläger zugestanden, daß die Insassen der Gemeinde B mit Vorwissen der früheren Besitzer seiner Mühle dieselbe zum Durchgange benutzt und daß die Mühlbesitzer dies, ohne einen Einwand zu erheben, geduldet haben; und durch die Zeugen ist bewiesen, daß dieser Gebrauch durch die ganze zur Ersitzung erforderliche Zeit sich fortgesetzt hat. Darin liegt aber nach §§. 312 und 313 a. b. G. B. der zur Erwerbung durch Usucapion führende Rechtsbesitz, zu welchem nicht, wie der Kläger behauptet, noch der von Zeugen allerdings nicht bestätigte Umstand hinzutreten mußte, daß die Gemeinde den Fußweg als ein Recht in Anspruch genommen und der Mühlbesitzer dieses Recht anerkannt hat. Eben so unbegründet ist die Behauptung des Klägers, daß die Gemeinde selbst niemals von dem Recht des Durchganges

keinen Gebrauch machte, weil sie durch ihren gesetzlichen Vertreter diesen ihren Willen niemals äußerte. Denn der Kläger hat die Gemeinde nicht als Corporation, sondern als die Gesammtheit der Gemeindeglieder auf Anerkennung der Freiheit seines Eigenthums belangt; er kann daher, wenn sie dem Klageanspruche die Ausübung der Servitut durch die einzelnen Gemeindeglieder entgegenstellt, diese Einwendung nicht dadurch entkräften, daß wohl die einzelnen Insassen, nicht aber die Gemeinde selbst in den Besitz der Servitut gekommen sei. Der Kläger beruft sich auch auf den §. 1500 a. b. G. B. (Erwerbung der Mühle als grundbücherlich lastenfreie Realität), allein mit Unrecht, weil es sich hier nicht um eine zur Zeit der Erwerbung der Mühle durch ihn, bereits vollendete Ersitzung handelt, indem A das Eigenthum der Mühle zu einer Zeit erwarb, wo es ihm noch möglich gewesen wäre, die Vollendung der Ersitzung durch das Verbot des Durchganges zu verhindern und nöthigenfalls auf dem Proceßwege die Freiheit seines Eigenthums zur Anerkennung zu bringen.

---

## Nr. 4045.

### Schätzung zum Zwecke der Expropriation: stillschweigende Anerkennung der Nothwendigkeit der Expropriation.

**Entsch. v. 3. Februar 1871, Nr. 827 (Best. der gleichförmigen Decr. des K. G. Przemyśl v. 27. Oct. 1870, Nr. 10306 und des O. L. G. Lemberg v. 29. Nov. 1870, Nr. 34374). G. H. 1871, S. 147.**

Bei der Verhandlung zur Expropriation von Grundstücken für den Bau einer Eisenbahn wurde von dem Mandatar der B gegen die ihm vorgestellte Nothwendigkeit der Grundstücke der B zum Bahnbaue keine Einwendung vorgebracht, jedoch für dieselben der Betrag von 1400 fl. per Joch als Entschädigung begehrt, nachdem der Vertreter der Bahngesellschaft nur 500 fl. per Joch angeboten hatte. Da somit in Betreff der Ablösung kein Uebereinkommen erzielt wurde, begehrte die Gesellschaft die gerichtliche Schätzung der Grundstücke, welche in erster Instanz bewilligt wurde. Dagegen ergriff der Bevollmächtigte der B die Nichtigkeitsbeschwerde, weil die Nothwendigkeit der Grundstücke für den Bahnbau nicht durch ein Expropriationserkenntniß der zuständigen Behörde ausgesprochen worden war (§. 9 lit. c der Min.-Verordn. v. 14. Septemb. 1854, R. G. Bl. Nr. 238). — Das O. L. G. verwarf diese Beschwerde, worauf die B den Revisionsrecurs ergriff, in welchem sie auf die citirte gesetzliche Vorschrift sich berief und weiters anführte, daß nach dem Erlaß des Handelsministeriums v. 16. April 1859, Nr. 7407, nur in dem Falle, wo die unumgängliche Nothwendigkeit der Grundstücke für den Bau von dem Grundeigenthümer anerkannt wurde und über die Ablösungssumme ein

Vergleich nicht zu Stande kam, auf die ausdrückliche Zustimmung des Eigenthümers das Expropriationserkenntniß umgangen werden könne, welcher Fall aber hier nicht eingetreten sei, da die Recurrentin nicht gefragt wurde, ob sie diese Nothwendigkeit anerkenne.

Der oberste Gerichtshof wies den Recurs ab. Gründe: Wenn auch die Ministerialverordnung v. 14. Sept. 1854, R. G. Bl. Nr. 238, im §. 9 Absatz 2 nur ausspricht, daß bei dem Mangel eines gütlichen Uebereinkommens die Nothwendigkeit der zum Bahnbaue erforderlichen Räume durch ein Expropriationserkenntniß festzusetzen ist, so liegt es doch im Geiste dieser Vorschrift, daß im Falle der von dem Grundeigenthümer zugestandenen Nothwendigkeit der Grundstücke zum Baue es keines Expropriationserkenntnisses bedarf, sondern sofort zur Bestimmung des Werthes der Grundstücke die Schätzung derselben nachgesucht werden kann. Da nun bei der gepflogenen Verhandlung der Bevollmächtigten der B gegen die ihm auseinandergesetzte Nothwendigkeit der Grundstücke zum Bahnbaue keine Einsprache erhob und nur dem Entschädigungsantrage der Bahngesellschaft die Forderung einer höheren Ablösungssumme entgegensetzte, so durfte seine Zustimmung zur Verwendung der Grundstücke für den Bau als gegeben angenommen werden und wurde daher die Schätzung ganz gesetzlich bewilligt.

---

## Nr. 4046.

## Werkvertrag: Mangelhaftigkeit einer Gasleitung; Beweis derselben.

**Entsch. v. 8. Februar 1871, Nr. 9687 (Best. des das Urth. des L. G. Krakau v. 28. Sept. 1869, Nr. 15266, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau vom 14. Juni 1870, Nr. 20154). G. Z. 1873, Nr. 58.**

In dem Palais der Gräfin B hat die Gasanstalt die Einrichtung der Beleuchtung nach den bei der Gasanstalt bestehenden Preisen übernommen, die Einrichtung ausgeführt, übergeben und die Rechnung von 541 fl. vorgelegt. Es wurde eine Theilzahlung von 441 fl. geleistet und die Gaseinrichtung mit Plafonds, Tapeten u. s. w. zugedeckt. Wie es einige Zeit später zu der Beleuchtung der Salons kam, stellte sich heraus, daß die Röhren das Gas durchlassen, eine Feuersgefahr hervorrufen und die ganze Einrichtung in einigen Zimmern schadhaft und unbrauchbar war. In Folge dessen wurde die Zahlung der restlichen Forderung per 100 fl. verweigert und die angebotene Ausbesserung der schadhaften Stellen nicht zugelassen, weil die Reparatur der Röhren mit Beschädigung der Plafonds und Wände verbunden wäre. — Da die Gasanstalt behauptete, daß sie die Gaseinrichtung im guten und brauchbaren Zustande übergeben und dieselbe erst beim Einrichten der Plafonds und Tapezieren der Wände Schaden gelitten habe, hat das Gericht erster Instanz dem Klagebegehren, gegen Haupteid der Gasanstalt,

über die Thatsache der Uebergabe einer guten, brauchbaren und dem Zwecke entsprechenden Gaseinrichtung, stattgegeben.

Der oberste Gerichtshof erkannte mit dem O. L. G. auf unbedingte Abweisung der Klage. Gründe: Die Gasanstalt, welche den Rest des für die bewirkte Gaseinrichtung in dem Palais der Gräfin B verabredeten (eigentlich nach den bei der Gasanstalt bestehenden Preisen berechneten) Lohnes, daher die Erfüllung des Vertrages seitens der Gräfin B fordert, hätte beweisen müssen, daß sie selbst dem Vertrage nachgekommen ist und daher eine dem Zwecke entsprechende Gaseinrichtung geliefert hat. Sie hat aber diesen Umstand nicht bewiesen, und der von dem ersten Richter zugelassene Haupteid ist zur Herstellung dieses Beweises nicht geeignet, da durch den Haupteid nur Thatsachen, nicht aber Eigenschaften bewiesen werden können. — Daraus, daß die Gräfin B die Gaseinrichtung übernahm, kann die Vermuthung nicht hergeleitet werden, daß dieselbe gut und dem Zwecke entsprechend war, weil diese Einrichtung von der Gasanstalt selbst dem Gebäude eingefügt wurde und die Belangte daher nach der geschehenen Einfügung nicht in der Lage war, sich für die Annahme oder Nichtannahme derselben zu entscheiden, — zumal deren Brauchbarkeit erst aus den in der Folge anzustellenden Versuchen ersehen werden konnte. Uebrigens hat die Gasanstalt selbst gestanden, daß sie, durch die Gräfin B von dem Ausströmen des Gases benachrichtigt, die Röhren ausbessern oder neue einsetzen wollte, dies aber die Belangte wegen Beschädigung der Plafonds und Tapeten nicht gestattete, und daß die Verbindung der schadhaften Leitungsröhren mit anderen Röhren, die man benutzen wollte, abgesperrt werden mußte. Die Gasanstalt hat somit anerkannt, daß die Einrichtung in allen Beziehungen dem Zwecke nicht entspricht, und es konnte der Gräfin B, die eine zum Gebrauche geeignete Arbeit bestellte, nicht zugemuthet werden, daß sie zur Behebung der Mängel, die sich zeigten, eine Beschädigung der Hauseinrichtung sich gefallen lasse. — Uebrigens ist es durch die Aussagen der Zeugen erwiesen, daß das Gas aus den Leitungsröhren ausströmte; daß aber eine spätere Beschädigung dieser Röhren bei der Herstellung der Plafonds und Tapeten eingetreten ist, hat die Gasanstalt nicht bewiesen, vielmehr erhellt aus den Aussagen der Zeugen, daß die Gasausströmungen aus den Röhren auch an solchen Stellen stattfanden, wo ähnliche Herstellungen nicht vorgenommen wurden. Dieser Umstand kann aber auch durch gewöhnliche Zeugen bewiesen werden, weil zum Erkennen einer Gasausströmung durch den sich verbreitenden Geruch und durch das Brennen des Gases keine besonderen Kunstkenntnisse erfordert werden. Da nun die Gaseinrichtung nicht in allen Theilen gehörig ausgeführt, in einigen Localitäten die Gasleitung wegen der schadhaften Röhren abgesperrt wurde, und die Gasanstalt nicht bewiesen hat, daß die Beschädigung der Rohre später erfolgt ist, so ist die Gräfin B berechtiget, den Theil des Lohnes per 100 fl. nach §. 1153 b. G. B. zurückzubehalten und kann zur Zahlung desselben nicht angehalten werden.

---

## Nr. 4047.

### Lohnvertrag. Unstatthaftigkeit der gerichtlichen Forderung einer den in der übersendeten Rechnung aufgestellten Betrag übersteigenden Summe.

**Entsch. v. 8. Februar 1871, Nr. 10129 (Best. des das Urth. des B. G. Klobouk v. 4. April 1870, Nr. 1219, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn v. 6. Juli 1870, Nr. 7409). G. H. 1871, S. 98.**

B wurde von dem Arzt A wegen Zahlung von 56 fl. für ärztliche Besuche und verabreichte Medicamente belangt, wollte sich aber nur zur Zahlung von 16 fl. verstehen, auf welchen Betrag sich die von A vor Anstellung der Klage ihm zugesendete, von B unberichtigt gelassene Rechnung belief. — Das Gericht erster Instanz verurtheilte den B, mit Mäßigung des Honorars für die ärztlichen Visiten, zur Zahlung von 39 fl., unter der Bedingung des durch Haupteid erbrachten Beweises der Zahl der Besuche und gegen Beschwörung des Werthes der Arzneien mit dem Schätzungseid. — Von dem O. L. G. hingegen wurde dem Kläger die aus der oberwähnten Rechnung resultirende Summe von 16 fl. nebst sechspercentigen Zinsen seit dem Tage der Klage unbedingt zuerkannt und dessen Mehrforderung abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: Dem Kläger kann nur jener Betrag zuerkannt werden, welchen er selbst in der dem Beklagten früher zugesandten Rechnung angesprochen hatte. Der Kläger will die größere in der Klage geltend gemachte Forderung damit rechtfertigen, daß der Beklagte die Zahlung des kleineren Betrages verweigert habe, obwohl er von dem Beklagten selbst durch die Schilderung seiner mißlichen Vermögensverhältnisse bewogen worden sei, seine Forderung damals auf diesen Betrag zu beschränken. Allein dieser Grund ist nicht stichhältig und berechtigt ihn nicht, die ursprüngliche Forderung, über welche der Beklagte schon die Rechnung in Händen hatte, willkürlich zu erhöhen; denn er hatte das Recht, wenn der Beklagte die Rechnung nicht berichtigen wollte, die Verzugszinsen von dem darin angesetzten Betrage zu fordern, und konnte sich auch, bevor er dem Beklagten die Rechnung zusandte, über dessen Vermögensverhältnisse näher erkundigen. Der Beklagte hat die ärztliche Hilfe des Klägers in Anspruch genommen, welcher ihm dieselbe leistete und die Rechnung darüber zuschickte. Damit ist der Lohnvertrag beendet, und der Kläger steht in dem Verhältnisse eines Gewerbsmannes, welcher für die gelieferte Arbeit die Rechnung übergeben hat und, wenn die letztere nicht berichtigt wird, gerichtlich nur die Zahlung der Rechnung begehren und nicht eine größere Forderung geltend machen kann.

---

## Nr. 4048.

## Voraussetzungen der Eröffnung einer neuen Landtafeleinlage für das Trennstück eines landtäflichen Gutes.

**Entsch. v. 8. Februar 1871, Nr. 1372 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des L. G. Prag v. 15. Oct. 1870, Nr. 27054 und des O. L. G. Prag vom 30. Nov. 1870, Nr. 41116). G. Z. 1872, Nr. 74.**

Mit dem schriftlichen Vertrag vom Jahre 1870, wodurch A von B, Besitzer der Herrschaft S, den dazu gehörigen Meierhof W gekauft hatte, instruirte A sein an das Prager L. G. als Landtafelbehörde gerichtetes Gesuch um Durchführung der Trennung des abgekauften Meierhofes im Landeskataster und in der Landtafel, um Eröffnung einer neuen Einlage in der letzteren für das Trennstück und Eintragung aller auf der Herrschaft sichergestellten Rechte bei dem Trennstück (§. 1 des Gesetzes vom 6. Februar 1869, R. G. Bl. Nr. 18) und wurde von beiden Untergerichten abgewiesen, — in erster Instanz, weil nach Ministerialverordn. vom 30. Juni 1858, R. G. Bl. Nr. 100, die Eröffnung der neuen Einlage nur mit Bewilligung der Statthalterei erfolgen könne, welche aber nicht nachgewiesen sei; — in zweiter Instanz, weil die im Landtafelpatent vom 22. April 1794, J. G. S. Nr. 171, vorgeschriebene vorgängige Durchführung der Trennung im Landeskataster noch nicht geschehen sei.

In Erwägung, daß seit dem Bestande des Gesetzes vom 20. December 1869, Nr. 152 des L. G. Bl. für Böhmen, §. 2, wornach jeder Eigenthümer befugt ist, über seinen Grundbesitz zu verfügen, ohne hiezu der Bewilligung der politischen Behörde zu bedürfen, die zur Zerstückung eines Landtafelkörpers durch die Ministerialverordn. v. 30. Juni 1858, R. G. Bl. Nr. 100, vorgeschriebene Erwirkung des Consenses der politischen Landesstelle entfallen ist; daß bei einer beabsichtigten Abtrennung von einem Landtafelkörper der §. 3 des citirten Landtafelpatentes dem nicht entgegensteht, daß das Gesuch an die Landtafelbehörde gestellt werde, welche sich wegen der vorgängigen Abschreibung im Landeskataster mit der zuständigen Behörde in das Einvernehmen zu setzen hat, — wurde vom obersten Gerichtshofe mit Aufhebung der untergerichtlichen Decrete die meritorische Erledigung des Gesuches des A mit Abstandnahme von dem Abweisungsgrund des fehlenden Consenses der Statthalterei verordnet.

## Nr. 4049.

### Competenz der Gerichte zur Entscheidung über Ansprüche auf Ersatz des durch einen Eisenbahnbau zugefügten Schadens.

**Entsch. v. 14. Februar 1871, Nr. 1273 (Best. des das Decr. des K. G. Ried v. 19. Oct. 1870, Nr. 1482, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien vom 30. Nov. 1870, Nr. 23635). G. Z. 1871, Nr. 52.**

Auf den Recurs des A gegen die erstgerichtliche, auf die Incompetenz der Gerichtsbehörden (§. 10 lit. b und §. 13 der Just.-Minist.-Verordn. v. 14. Sept. 1854, R. G. Bl Nr. 238) gegründete Abweisung der Klage desselben wider die Eisenbahngesellschaft B wegen Ersatz des durch den Bahnbau an Grundstücken des A verursachten Schadens, verordnete das O. L. G. dem Gerichte erster Instanz die Erledigung der Klage mit Abstandnahme von dem angeführten Abweisungsgrunde, weil, wenn der §. 10 lit. b) des citirten Gesetzes die Haftung der Bahnunternehmung für den durch die Bauführung angerichteten Schaden ausspricht, daraus noch nicht folgt, daß dieselbe auf dem Verwaltungswege geltend gemacht werden muß, da dies im §. 13 des erwähnten Gesetzes nicht begriffen ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung der zweiten Instanz mit Bezugnahme auf die Begründung derselben und mit Berufung auf die durch den Justizministerialerlaß vom 1. Mai 1865, Nr. 3588, bekannt gegebene a. h. Entschließung vom 26. Juni 1864 in Betreff der Competenz zur Verhandlung und Entscheidung solcher Entschädigungsansprüche.

---

## Nr. 4050.

### Concurseröffnung nach §. 63 C. O.: Beweislast hinsichtlich des Vorhandenseins von Vermögen; Unzulässigkeit der Abforderung der Deckung der Kosten von dem die Concurseröffnung fordernden Gläubiger.

**Entsch. v. 14. Februar 1871, Nr. 1489 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 28. Oct. 1870, Nr. 57725 und des O. L. G. Wien v. 6. Dec. 1870, N. 24138). G. Z. 1871, Nr. 19.**

Die Firma A stellte bei der nach §. 63 C. O. angeordneten Tagfahrt das Begehren um Eröffnung des Concurses über das Vermögen des nicht erschienenen Schuldners B, nöthigenfalls gegen Bestimmung eines angemessenen Betrages zur Sicherstellung der mit der Concurseröffnung verbundenen Kosten. — Das Gericht erließ den nachstehenden Bescheid: Auf das Wegbleiben des B von der Tagfahrt, und nachdem derselbe weder die Firma A in Ansehung ihrer Forderung von 91 fl. 70 kr. sammt Nebengebühren bedeckt, noch das Verzeichniß

seines Activ- und Passivstandes vorgelegt und die Möglichkeit der Befriedigung seiner sämmtlichen Gläubiger dargethan hat, wird in Gemäßheit des §. 63 C. O. die Eröffnung des Concurses über das Vermögen des B, jedoch bei dem Umstande, als nicht dargethan erscheint, daß derselbe ein zur Deckung der Kosten der Concursverhandlung hinreichendes Vermögen besitze, nur dann bewilligt werden, wenn sich die Klägerin binnen drei Monaten ab intimato über den gerichtlichen Erlag einer Caution von 50 fl. ausgewiesen haben wird. Gegen diesen Bescheid ergriff nun die Firma A den Recurs, worin sie sich beschwerte, daß die Concurseröffnung nicht unbedingt und sofort, sondern nur gegen einen Kostenvorschuß von 50 fl. bewilligt worden ist. Es sei oberstgerichtlich festgestellt, daß der Sicherstellungswerber ein Vermögen seines Gegners nicht nachzuweisen habe, was ihm auch in den meisten Fällen unmöglich wäre, da es sich um einen mit Executionen verfolgten Schuldner handelt und zu dem Rechtsmittel des §. 63 C. O. überhaupt erst dann gegriffen wird, wenn andere Executionsmittel fruchtlos geblieben sind. Die Auflage einer Caution von 50 fl. sei so viel, wie die gänzliche Abweisung des Begehrens. Schließlich wurde die Appellinstanz ersucht, die Concurseröffnung sofort und ohne Kostenvorschuß zu bewilligen, eventuell den Betrag desselben auf die Kosten der Publicirung des Concursedictes zu beschränken. — Das O. L. G. bestätigte, mit Verwerfung dieses Recurses, den erstgerichtlichen Bescheid, worauf die Firma A den außerordentlichen Revisionsrecurs ergriff.

In Erwägung, daß dem die Concurseröffnung begehrenden Gläubiger der Nachweis des Vorhandenseins eines zur Deckung der Kosten der Concursverhandlung hinreichenden Vermögens bei dem Schuldner nicht aufgebürdet und eben so wenig die Erfolglosigkeit eines bei dem Letzteren unternommenen Pfändungsversuches an und für sich als ein genügender Beweis des Abganges eines jene Kosten bedeckenden Vermögens angesehen werden kann; daß die Forderung an den Gläubiger, diese Kosten vorzuschießen oder dafür Caution zu leisten, in den Vorschriften der Concursordnung (§§. 63, 66, 154) nicht begründet ist; daß die Firma A durch ihr Anerbieten bei der nach §. 63 C. O. abgehaltenen Tagfahrt: nöthigenfalls die mit der Concurseröffnung verbundenen Kosten vorzuschießen, nicht um ihr Recht gekommen ist, die Eröffnung des Concurses ohne diese im Gesetz nicht begründete Bedingung zu verlangen und sohin gegen die vom Richter dennoch gesetzte Bedingung Beschwerde zu führen, — hat der oberste Gerichtshof, mit Abänderung der untergerichtlichen Verordnungen, der ersten Instanz die Concurseröffnung über das Vermögen des B aufgetragen.

---

## Nr. 4051.

## Voraussetzungen der auf Grund eines noch nicht rechtskräftigen Erkenntnisses zu gewährenden Execution: Unzulässigkeit der Pfändung.

**Entsch. v. 14. Februar 1871, Nr. 1548 (Best. des Decr. des H. G. Wien v. 12. Dec. 1870, Nr. 153864, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 11. Jänner 1871, Nr. 243). G. Z. 1871, Nr. 51.**

Auf Grundlage eines noch nicht rechtskräftigen Urtheiles, womit dem A wider B eine Forderung von 657 fl. 25 kr. unbedingt zugesprochen wurde, begehrte Ersterer die executive Pfändung des dem B gehörigen Mobilarvermögens zur Sicherstellung. — Das Gericht erster Instanz wies das Begehren ab wegen noch nicht eingetretener Rechtskraft des Urtheils. — Das O. L. G. bewilligte auf den dagegen von A ergriffenen Recurs die executive Pfändung zur Sicherstellung, weil nach §. 259 a. G. O. auch auf Grund eines noch nicht rechtskräftigen Erkenntnisses die Execution zur Sicherstellung zu bewilligen ist, und, wofern es sich um die Bezahlung einer bestimmten Summe Geldes handelt, auch die Beschaffenheit der Streitsache eine solche Sicherstellung fordert.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid. Gründe: Wenngleich nach §. 4 der Justizminist.-Verordn. v. 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, die Execution zur Sicherstellung durch Pfändung geführt werden kann, und die bezüglich der Execution zur Sicherstellung in der gedachten Verordnung enthaltenen Bestimmungen nach §. 12 derselben in allen Fällen Anwendung finden, in welchen durch die Gerichtsordnung während der Dauer eines Processes die Execution zur Sicherstellung als eine provisorische Vorkehrung bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Hauptsache zulässig erklärt ist, so enthält doch eben der §. 259 a. G. O. keinen Fall einer Execution zur Sicherstellung und läßt derselbe insbesondere eine Pfändung nicht zu; vielmehr ist nach dem Hofdcr. v. 18. April 1785, J. G. S. Nr. 409, die gerichtliche Pfändung als ein wahrer Schritt der Execution von der im §. 259 a. G. O. der in erster Instanz obsiegenden Partei eingeräumten Befugniß ausdrücklich ausgeschlossen. Ueberdies setzt aber auch die Ertheilung einer Sicherstellung nach §. 259 voraus, daß die Streitsache von einer solchen Beschaffenheit sei, daß der in erster Instanz obsiegende Theil bis zum erfolgenden Appellationsurtheile einer Sicherstellung bedürfe. Der Umstand, daß es sich im vorliegenden Falle um die Bezahlung einer Geldsumme handelt, begründet an und für sich eine solche Beschaffenheit der Streitsache nicht, und weder die Thatsache, daß der Geklagte in Mailand seinen Sitz hat, noch die von A mit dem Pfändungsgesuche beigebrachte Auskunft des k. und k. Consulates in Mailand — daß nämlich B dortselbst nicht protokollirt sei — genügen, um eine Gefährdung des Klägers erkennen zu lassen.

## Nr. 4052.

### Einfluß der Eröffnung des Concurses auf die Vertheilung des Meistgebotes für Mobilien des Gemeinschuldners.

Entsch. v. 14. Februar 1871, Nr. 1653 (Best. des die Decr. des K. G. Kuttenberg v. 19. Nov. 1870, Nr. 8739 und 8796, aufheb. Decr. des O. L. G. Prag v. 5. Dec. 1870, Nr. 42497). G. Z. 1871, Nr. 52.

Zur Vertheilung des gerichtlich deponirten Erlöses aus der executiven Versteigerung der Mobilien des B unter den Pfandgläubigern — Executionsführer A und Andern — hatte das Gericht die Tagfahrt angeordnet, als über das Vermögen des Executen der Concurs eröffnet wurde; dadurch fand es sich bestimmt, den Tagsatzungsbescheid zurückzunehmen und die von A und dem Pfandgläubiger C bereits überreichten Anmeldungen auf die Concurseröffnung zu verweisen. — Auf den Recurs des A verordnete das O. L. G. die Vornahme der Kaufschillingszuweisung bei einer neu zu bestimmenden Tagfahrt unter Vorladung der Pfandgläubiger und des Concursmasseverwalters, weil nach §. 12 der a. C. O. ad 2 die Execution zur Geltendmachung des Pfandrechtes auch nach der Eröffnung des Concurses erwirkt und fortgesetzt, somit auch der Erlös für vor der Eröffnung des Concurses veräußerte Güter den Pfandgläubigern zugewiesen werden kann, und nach §. 163 C. O. die Ausübung des den Realgläubigern zustehenden Rechtes sich aus den ihnen haftenden Gütern vorzugsweise zu befriedigen, durch die Verfügungen der Gläubigerschaft über das Vermögen des Gemeinschuldners nicht beeinträchtigt werden darf. — In dem dagegen von dem Masseverwalter überreichten Revisionsrecurse wurde hervorgehoben, daß außer der Separatmasse kein weiteres Vermögen vorhanden sei, aus welchem die Kosten der Concursverhandlung bestritten werden könnten, daher diese Kosten aus dem Pfandvermögen zu berichtigen sind und mit der Vertheilung dieses Vermögens vor Abhaltung der Liquidirungstagfahrt nicht vorgegangen werden könne.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung, weil die Rücksicht auf die Berichtigung der allgemeinen Concursverhandlungskosten den Pfandgläubigern das in den §§. 12 und 163 C. O. gegründete Recht der Executionsfortsetzung nicht benehmen oder dessen Ausführung verschieben kann, und weil im Falle des sich ergebenden Abganges eines zur Deckung der Concursverhandlungskosten genügenden Vermögens der §. 154 C. O. Anwendung findet.

## Nr. 4053.

### Besitzstörungsproceß: Unzulässigkeit des Begehrens actorischer Caution; Zulässigkeit des abgesonderten Recurses gegen die Verweigerung richterlicher Endentscheidung.

**Entsch. v. 15. Februar 1871, Nr. 1565 (Best. des das Decr. des B. G. Aussig v. 5. August 1870, Nr. 8004, aufheb. Decr. des O. L. G. Prag v. 11. Oct. 1870, Nr. 30617). G. Z. 1871, Nr. 58.**

Nach geschlossener Verhandlung des Besitzstörungsstreites des A in Vertretung seiner minderjährigen Kinder gegen B, in welcher der Beklagte auf Leistung der actorischen Caution bestand, wurde von dem Gerichte erster Instanz dem A der Erlag von 50 fl., als Klagecaution mit dem Beisatz aufgetragen, daß bis dahin die Hinausgabe der Proceßentscheidung aufgeschoben bleibt. In den Motiven heißt es, daß für das possessorium summariissimum die Vorschriften des summarischen Civilprocesses und hinwieder für den letzteren die Regeln des ordentlichen Civilprocesses subsidiarisch gelten, mithin die Vorschriften der a. G. O. über die durch jene Specialgesetze nicht abgeschaffte actorische Caution auch im possessorium summariissimum zur Anwendung zu bringen, nach denselben aber das Begehren des Beklagten berechtigt sei, da der Kläger A Cridar und das etwaige Vermögen seiner Kinder unbekannt ist. — Das O. L. G. vernichtigte den erstgerichtlichen Bescheid und verordnete die Fällung der meritorischen Proceßentscheidung. — Dagegen ergriff B den Revisionsrecurs und mit Berufung auf den §. 16 der kaiserl. Verordnung v. 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12 (Ausschließung des selbstständigen Recurses gegen die richterlichen Verfügungen im Zuge des Verfahrens in poss. summ.), die Nullitätsbeschwerde.

Der oberste Gerichtshof hat den Recurs wie die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen, weil das citirte Gesetz vom 27. October 1849 vorzugsweise ein rasches Verfahren in Besitzstörungsfällen und schleunige Entscheidung bezweckt und alle Zwischenverhandlungen und Entscheidungen, wodurch eine Verzögerung herbeigeführt werden kann, ausschließt, daher auch von einer actorischen Caution keine Erwähnung macht, und weil gegen die erstgerichtliche Ablehnung der Endentscheidung mit Rücksicht auf den §. 16 des citirten Gesetzes ein abgesonderter Recurs allerdings zulässig war.

---

## Nr. 4054.

### Gerichtliche Hinterlegung: Erlag der eigenen Schuld behufs Erwirkung eines Verbotes zur Sicherung einer Gegenforderung.

**Entsch. v. 15. Februar 1871, Nr. 1579 (Abänd. der Decr. des B. G. Leoben v. 5. Dec. 1870, Nr. 5242 und des O. L. G. Graz v. 29. Dec. 1870, Nr. 15705), G. H. 1871, S. 124.**

A erlegte bei Gericht 154 fl. mit dem Begehren, daß der Erlag als Zahlung seiner urtheilsmäßigen Schuld an die B angenommen und daß ihm zur Sicherstellung einer Forderung an die Letztere das gerichtliche Verbot auf das Depositum eingeräumt werde. — Dieses in erster Instanz vollständig bewilligte Gesuch wurde von dem O. L. G. gänzlich abgewiesen, weil keiner von den im §. 1425 a. b. G. B. bezeichneten Umständen, noch sonst ein wichtiger Grund vorliegt, um den gerichtlichen Erlag an Zahlungsstatt für die Schuld des A bewilligen zu können, und weil A mit der einfachen Anführung, daß ihm ein anderweitiges Vermögen der B nicht bekannt sei, den Umstand, daß seine Forderung gegen die B wegen Mangels anderer Zahlungsmittel in Gefahr stehe, nicht wahrscheinlich gemacht habe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid in dem Punkte der Annahme des Depositums durch den Auftrag, dasselbe als ein streitiges in gerichtliche Verwahrung zu nehmen, und beseitigte die von den Untergerichten über die weiteren Begehren des A (um Annahme des Depositums an Zahlungsstatt und um Bewilligung des Verbots) getroffenen Entscheidungen, mit der Erklärung, daß A dieselben im abgesonderten Wege bei Gericht anzubringen und daher die Gerichte bei der Erledigung des Erlagsgesuches sich ordnungswidrig auf einen Ausspruch darüber eingelassen haben.

---

## Nr. 4055.

### Gerichtliche Pfändung einer Schiffmühle: Unwirksamkeit des Pfandrechtes gegenüber dem gutgläubigen Käufer der Pfandsache.

**Entsch. v. 16. Februar 1871, Nr. 10093 (Best. des das Urth. des H. G. Wien v. 13. Nov. 1869, Nr. 98599, abänd. Urth. des O. L. G. Wien vom 28. April 1870, Nr. 55532). Jur. Bl. 1872, Nr. 19.**

Nachdem — im Jahre 1850 — auf Einschreiten des B die Schiffmühle seines Schuldners C gerichtlich gepfändet worden war, verkaufte C — im Jahre 1864 — und übergab die Schiffmühle dem A. Kaum hatte A in demselben Jahre dem C die letzte Rate des 6550 fl. betragenden Kaufschillings gezahlt, als B in Fortsetzung

der gegen C (seinen Schwager) im Jahre 1850 begonnenen Execution die Schätzung der Schiffmühle begehrte, welche von dem Wiener Handelsgerichte bewilligt und vollzogen wurde. Um sein Eigenthum zu vertheidigen, trat nun A gegen B mit dem Begehren auf, daß das Pfandrecht des Letzteren für unwirksam erklärt werde. In der gegen die Ehefrau des inzwischen verstorbenen B durchgeführten Streitverhandlung machte die Beklagte geltend, daß die Pfändung der Schiffmühle mit Beobachtung aller gesetzlichen Förmlichkeiten vollzogen wurde; daß dem A leicht möglich war, durch das bei Gericht liegende Pfändungsprotokoll oder das an der Mühle angeheftete Siegel von dem Bestehen des Pfandrechts sich zu unterrichten; daß der Käufer einer Sache jederzeit die daran haftenden Pfandrechte übernehmen und da dem A ohnedies gegen C die Gewährleistungsklage zustehe, das Pfandrecht des B aufrecht bleiben müsse. Nach den von dem Kläger vorgebrachten Beweisen hat er, auf die mehrseitige Ermahnung zu größter Vorsicht bei dem Kaufe der Mühle, den C erst befragt, ob eine Pfändung daran hafte, und die Antwort erhalten, daß eine einzige Pfändung — von Seite des D — vorgekommen, allein durch Zahlung erloschen sei. Der Kläger erkundigte sich sodann bei dem Bezirksgerichte, in dessen Bezirk die Mühle liegt, und erhielt von dem dortigen Amtsdiener, der alle Pfändungen im Bezirke zu vollziehen hat, nach Durchsicht der Vormerkungen den Bescheid, daß außer der wieder gelöschten Pfändung für D keine Pfändung der Mühle stattgefunden habe. Ebensowenig fand der bezirksgerichtliche Kanzellist nach Durchsicht des sogenannten Mühlhaftbuches, welches vor Jahren bei dem Bezirksgerichte nach Art eines Grundbuchs über die Schiffmühlen geführt wurde, die Spur einer Pfändung. Die Fruchtlosigkeit dieser Nachforschungen fand später darin die Erklärung, daß laut der Pfändungsrelation ein Amtsdiener des Wiener Handelsgerichtes von Wien aus und ohne Intervention des Bezirksgerichtes die Pfändung vorgenommen hatte. Da C dem A vor dem Abschlusse des Kaufes der Mühle wiederholt versichert hatte, daß sie mit keinem Pfandrechte belastet sei, wurde er wegen Verbrechens des Betruges in Untersuchung gezogen und zu zweijährigem schweren Kerker verurtheilt. Nach seiner Aussage vor dem Strafrichter war er zugegen, als für B erst die Einrichtung der Wohnung und nachher die Schiffmühle gepfändet ward, und wurde das Gerichtssiegel an dem Schreibtische des C angelegt. An der von A gekauften Schiffmühle aber war trotz eifrigsten Suchens ein Gerichtssiegel nicht zu finden. Auf Grund dieser Thatsachen behauptete A die Erlöschung des Pfandrechts nach §. 452 a. b. G. B., wogegen die Beklagte wieder einwendete, daß dieser Paragraph sich nur auf die außergerichtliche Verpfändung — durch Vertrag — nicht auf das prätorische Pfandrecht beziehe, für welches nach §. 450 ibid. die Normen ausschließlich in der Gerichtsordnung gegeben seien. Zum Schluß berief sich der Kläger auf den §. 367

a. b. G. B., indem er anführte, daß B die gepfändeten Sachen seinerzeit dem C in Händen gelassen, mit ihm sogar eine Zeit lang die Mühle in Compagnie betrieben, d. h. die Pfandsachen dem C anvertraut habe: wenn nun der redliche Erwerber der von dem Gläubiger gepfändeten, in Verwahrung des Schuldners belassenen und im Sinne des §. 183 St. G. diesem anvertrauten Sachen gegen die Eigenthumsklage geschützt ist (§. 367 a, b. G. B.), so müsse er umsomehr gegen das viel enger begrenzte Pfandrecht geschützt sein.

In Uebereinstimmung mit dem O. L. G. hat der oberste Gerichtshof dem in erster Instanz abgewiesenen Klagebegehren des A stattgegeben. Gründe: In dem vorliegenden Falle ist B, resp. seine Ehefrau und Rechtsnachfolgerin, zur Verfolgung des an der Schiffmühle erworbenen Pfandrechtes dem A gegenüber nicht berechtigt. Die Anordnung des §. 450 a. b. G. B., daß die Gerichtsordnung bestimme, wiefern das Gericht ein Pfandrecht einräumen könne, ist nicht in dem Sinne zu verstehen, daß die Normen des a. b. G. B. über die Bedingungen der Geltendmachung des erworbenen Pfandrechtes nicht auch auf das prätorische Pfandrecht zu beziehen seien; und wenn im §. 466 a. b. G. B. gesagt wird, daß im Falle der Uebertragung des Eigenthums der Pfandsache auf einen Andern dem Pfandgläubiger noch immer freistehe, seine Befriedigung an der Sache zu suchen, so ist dabei offenbar vorausgesetzt, daß nicht nach den vorausgehenden Bestimmungen die Geltendmachung des Pfandrechtes ausgeschlossen sei. Wenn selbst der Eigenthümer der von ihm einem Anderen anvertrauten Sache sein Recht gegen den gutgläubigen Erwerber derselben nicht verfolgen kann (§. 367 a. b. G. B.), so kann es nicht im Geiste dieses Gesetzes liegen, daß das Recht des Pfandgläubigers besser geschützt sein soll. Allerdings genügt nach §. 342 a. G. O. zur Erwerbung des Pfandrechtes die Beschreibung; allein Sache des Gläubigers ist es, auf die im §. 343 ibid. bezeichnete Art sich zu versichern, daß die Pfandsachen der Bestimmung, ihm davon seine Befriedigung zu gewähren, nicht entzogen werden. Nun hat aber B, nach der Pfändungsrelation, auf Sperre und Transferirung verzichtet und mit der Anlegung des Gerichtssiegels sich begnügt, welches nach der strafgerichtlichen Aussage des C nur an einem Schreibtische angebracht worden ist. Jedenfalls wäre es Sache der Beklagten gewesen, zu beweisen, daß die im Jahre 1850 vollzogene Verpfändung dem A, als er im Jahre 1864 die Mühle kaufte, leicht erkennbar gewesen sei. Wenn zur Hintanhaltung einer bedenklichen Unsicherheit des Verkehres selbst der Eigenthümer der einem Dritten anvertrauten Sache, dieselbe dem gutgläubigen Erwerber nicht abfordern kann, so muß dieser Nachtheil umsomehr den bloßen Pfandgläubiger treffen, der gleichfalls in der Lage ist, gegen die Gefahr einer Veruntreuung sich vorzusehen, — wogegen bewegliche Sachen von Niemandem mit Sicherheit gekauft und gezahlt werden könnten, wenn selbst eine nicht erkennbare frühere Verpfändung genügen würde, daß der Gläubiger des Verkäufers daran seine Befriedigung suchen kann.

---

## Nr. 4056.

### Voraussetzungen der Abtrennung eines Theiles eines Grundbuchkörpers: Bescheinigung der Zugehörigkeit des Trennstückes zum Stammgute.

**Plenar-Beschluß v. 21. Februar 1871, ad Nr. 456. Judicatenbuch Nr. 70 (Manz'sche Sammlung, I. Band. S. 60).**

Bei der Anwendung des Gesetzes vom 6. Februar 1869, R. G. Bl. Nr. 18, über das Verfahren in den Fällen der grundbücherlichen Zertheilung einer Liegenschaft, entstand in Folge der bestehenden Einrichtung der öffentlichen Bücher, in denen (wegen des beinahe durchgehends fehlenden Besitzblattes) die Zugehörigkeit des Trennstückes zu dem Stammgute nicht ersichtlich ist, — allenthalben die Frage, welche Behelfe zur Bescheinigung dieser Zugehörigkeit von der Partei vorzulegen und von dem Gerichte als hinreichend zu betrachten seien, damit die Eröffnung einer neuen bücherlichen Einlage für das Trennstück oder dessen Zuschreibung zu einer andern bücherlichen Einlage bewilligt werden könne. Mehrere Beschwerden gegen die bei der Prüfung dieser Bescheinigungsmittel eingetretene Zerfahrenheit der Spruchpraxis und insbesondere gegen die Härte derselben, die sich in der Ausschließung jeder Art von bloßer Bescheinigung kundgab, veranlaßte das Justizministerium, die Frage zur Berathung in pleno dem obersten Gerichtshofe vorzulegen, von welchem der folgende Beschluß gefaßt wurde: „In den Fällen der nach dem Gesetze vom 8. Februar 1869, R. G. Bl. Nr. 18, angesuchten Eröffnung einer neuen bücherlichen Einlage für einen Theil von einem in den öffentlichen Büchern eingetragenen Gute oder der Zuschreibung desselben zu einer andern bücherlichen Einlage genügt zu der für die Bewilligung des Gesuches erforderlichen Bescheinigung der weder in dem öffentlichen Buche selbst ersichtlichen, noch durch vollbeweisende Urkunden festgestellten Zugehörigkeit des Trennstückes zu dem Stammgute die Vorlage des amtlich beglaubigten, diese Zugehörigkeit ergebenden Auszuges aus dem Kataster und nebstbei des von dem Gemeindeamte des Bezirkes der Stammrealität ausgestellten Zeugnisses, daß das Trennstück zur Zeit bei dem Stammgute bewirthschaftet und besteuert wird."

---

## Nr. 4057.

### Besitzstörung durch Fahren über ein verpachtetes Gemeindefeld wegen Unfahrbarkeit des Gemeindeweges?

**Entsch. v. 21. Februar 1871, Nr. 1858 (Best. des Decr. des B. G. Ungar.-Hradisch v. 10. Nov. 1870, Nr. 7936, Abänd. des Decr. des O. L. G. Brünn v. 21. Dec. 1870, Nr. 16784). G. Z. 1871, Nr. 56.**

In dem Besitzstörungsstreite des A gegen B wurde festgestellt, daß B über ein dem Kläger von der Gemeinde C verpachtetes Feld

auf sein Grundstück und, nachdem er dort seine Rüben aufgeladen hatte, mit dem Wagen über dasselbe Feld zurückgefahren ist. Andererseits ergab sich aus dem Augenschein und aus den Aussagen der Zeugen, daß der allgemeine Feldweg zu schlecht war, um befahren werden zu können, und daß vor dem Beklagten schon Andere über das klägerische Feld zu ihren Grundstücken gefahren sind. — Das O. L. G. erachtete, daß das eigenmächtige Fahren des B und der darin liegende widerrechtliche Eingriff in die Rechtssphäre des A durch diese letzteren Umstände nicht entschuldbar sei, und erkannte daher nach dem Klagebegehren.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die den Kläger abweisende Entscheidung der ersten Instanz. Gründe: In dem Befahren des klägerischen Feldes ist eine Besitzstörung deshalb nicht zu erkennen, weil die Besitzstörung begrifflich einen widerrechtlichen Eingriff in fremde Rechte und eine wirkliche oder doch mögliche Beschädigung voraussetzt, eine solche aber hier nicht vorhanden ist. Nur weil der ordentliche Feldweg am 7. November 1870 unfahrbar war, hat B damals das von A gepachtete Feld benützt, um die auf seinem Grunde geernteten Rüben über dasselbe nach Hause zu führen. Da nun auch die Rübenernte des Klägers auf dem Pachtfelde schon vollendet und nach seiner eigenen Anführung die Rüben bereits ausgegraben und in Haufen gelegt waren, da überdies dessen Pachtzeit nach der Fechsung des Jahres 1870 abgelaufen war, konnte für ihn aus dem Fahren des B wohl nicht der geringste Schaden mehr entstehen und er hatte um so minder irgend einen Anlaß, darin eine widerrechtliche Störung seines Besitzes zu sehen, als B nur gezwungen — wegen des schlechten Weges — es gethan hat.

---

## Nr. 4058.

### Unzulässigkeit des Gegenbeweises gegen eine Quittung. — Versprechen des Cessus an den Cessionär, die bereits verjährte Schuld zu bezahlen. — Haupteid: Finanzprocuratur als Delat.

Entsch. v. 22. Februar 1871, Nr. 8562 (Best. des Urth. des B. G. Brüx v. 22. April 1870, Nr. 2415, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 31. Mai 1870, Nr. 18619). G. H. 1871, S. 187.

Die im Jahre 1869 angestellte Klage des A gegen die von der Finanzprocuratur vertretene erblose Verlassenschaft der B wegen Zahlung von 100 fl. war auf die Anführung gegründet, daß C von der Verstorbenen ein intabulirtes Darlehenscapital von 92 fl. und einen Pachtzins von 18 fl. zu fordern hatte, daß beide Forderungen von dem C dem Kläger cedirt wurden, welchem die B die Zahlung versprochen, allein nur 10 fl. gezahlt habe. Ueber das von der B

angeblich geleistete Zahlungsversprechen und über den Umstand, daß sie nur 10 fl. angezahlt habe, trug A der Finanzprocuratur den rückschiebbaren Haupteid auf. Die Letztere verwahrte sich gegen dieses Beweismittel, weil keine physische Person da sei, welche den Eid als Delat abschwören könnte. Außerdem producirte sie eine noch von dem Cedenten der B über die Zahlung des Darlehens ausgestellte, in dem Grundbuche eingetragene Quittung und vertheidigte sich gegen die im Jahre 1865 entstandene Pachtzinsforderung mit der Einwendung der Triennalverjährung nach §. 1480 a. b. G. B. — Von dem Gerichte erster Instanz wurde die Klage in der Erwägung abgewiesen, daß 1. die Zahlung der Darlehensschuld durch die vorgelegte Quittung des C vollständig bewiesen wird und auf die von dem Kläger dagegen vorgebrachte Behauptung, wornach die Quittung unter der nicht eingetretenen Voraussetzung der Zahlung des quittirten Betrages mittelst eines später aufzunehmenden Sparcassedarlehens ausgestellt worden wäre, nach §. 887 a. b. G. B. kein Bedacht genommen, daher auch nicht auf den von ihm hiefür (durch den Haupteid) angebotenen Beweis erkannt werden kann; 2. daß die Pachtzinsforderung durch die vor Anstellung der Klage vollendete Verjährung erloschen ist. — Das O. L. G. verurtheilte die beklagte Verlassenschaft nach dem Klagebegehren unter der Bedingung, daß C als freiwilliger Vertretungsleister des Klägers mit dem zurückgeschobenen Haupteide das Klagefundament und der Letztere mit dem zurückgeschobenen Haupteide den Umstand beschwöre, daß die B ihm auf seine Forderung nur 10 fl. angezahlt habe. In den Entscheidungsgründen wird gesagt, daß die Quittung, welche auf den Widerspruch des Klägers gegen die Behauptung der an C geleisteten Zahlung der 92 fl. von der Beklagten producirt wurde, nicht zu den Beweismitteln gehöre, die den Gegenbeweis ausschließen, mithin der von C als Vertretungsleister abzulegende Haupteid, durch welchen der Kläger den Gegenbeweis zu führen sich erboten habe, zugelassen werden mußte, — ohne Rücksicht auf die von der Finanzprocuratur vorgebrachte Einwendung des Mangels einer zur Abschwörung des Eides als Delat fähigen (physischen) Person, weil jeder Proceßpartei das Recht zustehe, dem Gegner den Haupteid, so weit dieses Beweismittel nach der Gerichtsordnung zuläßig ist, aufzutragen, und die Unmöglichkeit der Leistung des Eides von Seite des Gegners kein ausreichender Grund sei, um dieses Beweismittel für den anderen Streittheil als unzuläßig zu erklären. Gegen die von der Finanzprocuratur eingewendete Verjährung der Forderung des Pachtzinses pr. 18 fl. wird in den Motiven angeführt, daß diese Einrede hinfällig sei, wenn mit dem zugelassenen Haupteide bewiesen wird, daß die B bei der Abtretung dieser Forderung an den Kläger ihm versprochen habe, dieselbe so bald als möglich zu zahlen, weil durch diese Erklärung die Forderung von der B als eine wahre Schuldigkeit anerkannt und dadurch gemäß §. 1497 a. b. G. B. die Verjährung unterbrochen wurde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil mit Bezugnahme auf die Gründe desselben und mit dem Zusatze, daß der von A der Finanzprocuratur in Vertretung der erblosen Verlassenschaft aufgetragene Haupteid, auf welchen das O. L. G. erkannte, auch §. 207 a. G. O. unzulässig ist.

---

## Nr. 4059.

## Ersitzung des Rechtes auf Bestand und Erhaltung eines Zaunes?

**Entsch. v. 22. Februar 1871, Nr. 8836 (Best. des das Urth. des B. G. Kufstein v. 31. Dec. 1869, Nr. 3324, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck v. 24. Mai 1870, Nr. 2853). G. Z. 1871, Nr. 56.**

Der Kläger besitzt das Grundstück A; neben und unter demselben liegt das dem Beklagten gehörende Grundstück B und zwischen beiden befand sich ein Zaun, Eigenthum des Beklagten, der ihn in jüngster Zeit beseitigte und nun vom Kläger auf Wiederherstellung belangt wurde. Die Einfriedung, bestimmt, fremdes Vieh von nächtlicher Weide auf dem Felde des Beklagten abzuhalten, verschafft vermöge ihrer Linie den nämlichen Vortheil auch für das Grundstück des Klägers, welcher nun aber ein Recht auf diese Schutzwehr behauptete und durch Zeugen den Beweis antrug, daß die jeweiligen Besitzer des Gutes B seit mehr als 40 Jahren den Zaun aufgerichtet und stets wieder hergestellt haben und daß sie hiezu verpflichtet gewesen seien. — Nach Aufnahme des Verhöres der Zeugen, von denen diese Sätze bestätigt wurden, und eines Sachbefundes, erkannte das Gericht erster Instanz nach dem Klagebegehren. — In zweiter Instanz wurde der Kläger aus folgenden Gründen abgewiesen: Für seinen Anspruch muß der Kläger einen Erwerbstitel, der in einem Vertrage oder Urtheile seinen Grund haben kann, darthun. Aus dem Umstande aber, daß der Gegner und dessen Besitzvorfahren den Zaun bisher durch 30—40 und mehr Jahre stets eingehalten haben, konnte dem Kläger das Recht, den Fortbestand desselben zu fordern, nicht erwachsen, weil der unbeschränkte Eigenthümer nach §. 362 a. b. G. B. berechtigt ist, seine Sache nach Willkür zu benutzen oder unbenutzt zu lassen und auch zu zerstören, und weil dieses Befugniß nach §. 1459 ibid. keiner Verjährung unterliegt, wenn nicht von anderer Seite eine Untersagung erfolgt, der sich der Berechtigte fügt. Demnach hatte der Kläger, da der Beklagte jede Verpflichtung zur Instandhaltung des Zaunes ableugnete, die Beschränkung des Eigenthums desselben, die Erwerbung und Existenz seines Untersagungsrechtes zu beweisen. Er hat aber diesen Beweis gar nicht versucht, von der irrigen Meinung ausgehend,

daß, wenn Jemand durch 30—40 Jahre einen zum Schutz des eigenen Grundes angelegten Zaun eingehalten hat, aus dessen Bestand auch dem Kläger der Vortheil der Abhaltung fremden Viehes von seinem Felde erwuchs, jener zur Erhaltung des Zaunes für alle Zeiten verpflichtet sei, wenn nur er — Kläger — zu beweisen vermag, daß der Zaun die gesetzliche Verjährungs- resp. Ersitzungszeit hindurch ununterbrochen existirt hat. Deshalb war der ganze in erster Instanz berücksichtigte Beweisapparat durch Zeugen und Sachbefund überflüssig und unzulässig; und es konnte selbst im entgegengesetzten Falle der durch die Zeugen geführte Beweis von keinerlei Wirkung sein, weil sie, um den Grund ihres Wissens nicht befragt, vielmehr erkennen lassen, daß sie den Bestand des Zaunes nicht für jedes einzelne Jahr bestätigen können; weil sie zwar von einer Verpflichtung des Beklagten sprechen, was gar nicht ihre Aufgabe ist, allein über diese Verpflichtung nichts Näheres zu sagen wissen und weil aus ihren Aussagen deutlich hervorgeht, daß der Zweck der Einfriedung doch nur in dem Schutze der Weide des Beklagten gegen fremdes Vieh bestanden hat.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil aus dessen Gründen.

---

## Nr. 4060.

### Rangordnung gerichtlicher Pfandrechte: Verweisung des Streites über Unregelmäßigkeiten bei der Pfändung auf den Proceßweg.

**Entsch. v. 22. Februar 1871, Nr. 470 (Aufheb. der Decr. des K. G. Tarnow v. 19. Nov. 1869, N. 16680 und des O. L. G. Krakau v. 22. Juni 1870, Nr. 427). Gazz. dei Trib. 1871, Nr. 14.**

Nachdem für die Forderung des A und für jene des B die Mobilien des Schuldners C im Executionswege gepfändet worden waren, entstand zwischen beiden Gläubigern eine Differenz über das Altersverhältniß ihrer Pfandrechte, indem A die Gleichzeitigkeit seiner Pfandrechtserwerbung mit jener des B behauptete, die dieser bestritt. Es kam auf die Frage an, ob von dem Gerichtsdiener die Pfändung der Mobilien zugleich für Beide vollzogen wurde. — Das Gericht erster Instanz gab dem Anspruche des A statt. — Das O. L. G. entschied im entgegengesetzten Sinne.

Der oberste Gerichtshof hob beide Entscheidungen auf und verordnete, daß das aufgenommene Pfändungsprotokoll einfach von dem Gerichte zur Kenntniß zu nehmen sei und daß es den Interessenten überlassen bleibe, ihre collidirenden Ansprüche bezüglich des erworbenen Pfandrechtes auf dem ordentlichen Proceßwege gegen einander auszutragen, weil bei dem Umstande, daß diese Ansprüche auf factische, von

jedem der Interessenten mit abweichender Darstellung geltend gemachte Verhältnisse gegründet wurden, die Prioritätsfrage nur nach ordnungsgemäß durchgeführtem contradictorischen Verfahren auf dem ordentlichen Rechtswege entschieden werden kann.

---

## Nr. 4061.

### Letztwillige Ernennung eines Curators: Fortbestand der väterlichen Gewalt.

Entsch. v. 22. Februar 1871, Nr. 1757 (Best. des das Decr. des B. G. Mariahilf in Wien v. 17. Oct. 1870, Nr. 15779, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 4. Jänner 1871, Nr. 26026). G. Z. 1871, Nr. 95.

Zur Verwaltung des Vermögens, welches der sechsjährigen A von ihrer Mutter hinterlassen wurde, berief das Testament den Oheim der A als Curator, weil ihr Vater B seit jeher dem Trunke ergeben gewesen sei, wiederholte Anfälle von Säuferwahnsinn gehabt und sich überhaupt weder um die Erblasserin noch um ihre Tochter gekümmert habe. Demgemäß wurde der Oheim der A zum Curator bestellt und in Folge des von B unter Vorbehalt aller Rechte der väterlichen Gewalt mit dem Curator getroffenen Uebereinkommens kam die A zur Verpflegung und Erziehung in die Familie des Letzteren, wurde aber von B, bei welchem sie eines Tages zum Besuche war, zurückgehalten. Der Curator forderte das Kind zurück, beantragte bei dem Curatelgerichte die Vornahme von Erhebungen zum Beweise, daß B schon lange Zeit vielfachen Anfällen von delirium tremens unterworfen und in seinen Vermögensverhältnissen ganz zerrüttet sei, und überreichte zugleich bei dem Personalgerichte des B das Gesuch um Verhängung der Curatel über denselben wegen seines gestörten Geisteszustandes. Durch die bei dem Curatelgerichte der A gepflogenen Erhebungen wurde festgestellt, daß B schon seit Jahren an häufigen Anfällen von Säuferwahnsinn leide und äußerst verschwenderisch und unordentlich lebe. Einvernommene Aerzte bestätigten, daß bei solchen Anfällen die Umgebung große Gefahr für ihre körperliche Sicherheit laufe, und insbesondere ein Kind hierdurch sehr gefährdet erscheine. Es wurde auch das Kind befragt, welches den Wunsch aussprach, zu seinem Onkel, dem Curator, zurückzukommen. — Das Curatelgericht verordnete, daß die A zum Curator zurückzubringen sei und bei demselben so lange zu verbleiben habe, bis die Entscheidung über die angesuchte Curatelverhängung wegen des Geisteszustandes des B erfolgt sein werde. — Auf den Recurs des B hob das O. L. G. den Bescheid des Bezirksgerichtes auf, weil B noch die väterliche Gewalt über seine minorenne Tochter besitzt, als Vater gemäß §§. 139, 145 und 148 a. b. G. B. zunächst das Recht und die Verbindlichkeit hat, für den Aufenthalt und

die Erziehung seiner Tochter zu sorgen, und ihm daher wider seinen Willen sein Kind dermalen um so weniger abgenommen werden kann, als nach den bis jetzt vorliegenden Erhebungen das Kind durch den Aufenthalt bei ihm weder physisch noch moralisch gefährdet erscheint, und er die Erziehung des Kindes beim Curator nur unter Vorbehalt seiner Rechte aus der väterlichen Gewalt überhaupt zugestanden hatte, für das Vermögen des Kindes aber deshalb keine Gefahr ersichtlich ist, weil zu dessen Verwaltung ohnehin ein eigener Curator besteht.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die oberlandesgerichtliche Entscheidung. Gründe: Da der Curator nur für das der A nach ihrer Mutter zugefallene Vermögen bestellt wurde, bleibt die väterliche Gewalt des B, so weit sie sich auf dessen Recht und Pflicht zur Erziehung des Kindes und Bestimmung seines Aufenthaltes bezieht, so lang unberührt, als nicht einer der Fälle der §§. 176 und 177 a. b. G. B. eingetreten ist. Die über die Anzeige des Vermögenscurators gepflogenen Erhebungen bieten jedoch derzeit noch keinen genügenden Anhaltspunkt, um eine richterliche Verfügung zum Schutze des Kindes gegen den Willen des Vaters zu rechtfertigen, weil nach den gegenwärtig erhobenen persönlichen Verhältnissen weder eine Gefährdung für das Wohl des Kindes durch die Einflußnahme des Vaters, noch eine Vernachlässigung in der Verpflegung und Erziehung des Kindes nachgewiesen werden konnte.

---

## Nr. 4062.

### Cautio actoria: Einstellung der Streitverhandlung wegen Nichtleistung derselben.

**Entsch. v. 22. Februar 1871, Nr. 1807 (Best. des Decr. des K. G. Chrudim v. 8. Nov. 1870, Nr. 7572, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 6. Dec. 1870, Nr. 42491). G. Z. 1871, Nr. 56. G. H. 1871, S. 168.**

Bei der Tagfahrt, welche auf die Klage des Hausirers A wider die Handelsleute B puncto Ablegung der Rechnung über den Betrieb eines Handelsgeschäftes angeordnet worden war, verlangten die Beklagten, ohne sich auf den Streit einzulassen, vom Kläger die Bestellung der Caution für die Proceßkosten, weil A kein bekanntes Vermögen besitze und als Haarsammler den größten Theil des Jahres abwesend sei. Der Kläger leugnete diese Ausführungen, ohne jedoch ein zur Deckung der Proceßkosten hinreichendes Vermögen auszuweisen, und berief sich darauf, daß er Haarsammler und Hausirer sei und in diesem Geschäfte mehrere hundert Gulden Fond habe. — Das Gericht erster Instanz ertheilte in Folge dessen dem A den Auftrag, bei Gericht oder bei dem Vertreter der Gegner die Caution in Baarem zu erlegen, widrigens in der Hauptsache nicht verfahren werde. — Das O. L. G. beseitigte den Beisatz und sprach dagegen aus, daß der Kläger die Caution zur

Vermeidung der Folgen der Execution im Allgemeinen zu erlegen habe. In den Gründen sagt das Obergericht: Es geht nicht an, wegen des Streites über den Erlag der actorischen Caution das Verfahren in der Hauptsache zu hemmen. Denn die Schlußworte des §. 406 a. G. O. beziehen sich nur auf die Erledigung der Klage und verordnen die Abweisung derselben, wenn darin weder Caution, noch Armuthseid angeboten worden ist. Wurde aber die Caution wirklich bestellt, was hier der Fall ist, da der Kläger die Caution mit seinem Vermögen zu leisten sich bereit erklärt, so kann, nach §. 408 a. G. O., durch den Streit über den wirklichen Erlag das Verfahren in der Hauptsache eben so wenig wie in dem Falle gehemmt werden, wo der Beklagte eine größere Sicherheit fordern zu können glaubt und in der That fordert, da das Erstere wie das Letztere einen Incidenzstreit bildet, um deßwillen die Rechtshilfe in der Hauptsache nicht versagt werden darf.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid, weil die Beklagten in den Streit sich eben noch nicht eingelassen haben, die Sistirung der Streitverhandlung das geeignetste Mittel ist, den Kläger zum Erlage der Caution zu bestimmen, und der Schluß des (vom O. L. G. angezogenen) §. 408 sich nur auf den Fall der begehrten Erhöhung der bereits bestellten Sicherheit bezieht.

---

## Nr. 4063.

### Nachweis einer Mehrheit von Executionen als Voraussetzung der Tagfahrt behufs eventueller Concurseröffnung?

**Entsch. v. 22. Februar 1871, Nr. 1809 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Prag v. 22. Oct. 1870, Nr. 28110 und des O. L. G. Prag v. 6. Dec. 1870, Nr. 42284). G. H. 1871, S. 107.**

Das im Sinne des §. 63 C. O. angebrachte Gesuch des A gegen seine Schuldnerin B war mit dem Nachweise der Forderung und der ohne Erfolg gegen die B geführten Execution begründet und wurde von beiden Untergerichten wegen des fehlenden Beweises, daß die Schuldnerin „mit Executionen“ verfolgt sei, a limine abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof verordnete die aufrechte Erledigung des Gesuches nach §. 63 C. O. mit der Motivirung, daß bei dem gelieferten Erweise des Forderungsrechtes und der Erfolglosigkeit der deshalb geführten Execution das Bedeckungsgesuch des A nicht offenbar unbegründet ist und, ob die übrigen Bedingungen der Concurseröffnung vorhanden seien, sich erst bei der nach dem Ergebniß der Tagfahrt sich richtenden Schlußfassung über den auf die Concurseröffnung gestellten Antrag zeigen wird (§. 66 C. O.).

---

## Nr. 4064.

## Umfang der in §. 1121 a. b. G. B. vorbehaltenen Entschädigung.

**Entsch. v. 23. Februar 1871, Nr. 5728 (Best. der gleichförmigen Urth. des K. G. Iglau v. 8. August 1869, Nr. 4546 und des O. L. G. Brünn vom 8. März 1870, Nr. 1086). G. Z. 1871, Nr. 92.**

B hatte dem A seine Realitäten bis Ende Juni 1870 verpachtet. Die Realitäten wurden Ende 1868 executiv veräußert, hiedurch das Bestandverhältniß gelöst und A gehindert, aus dem grundbücherlich einverleibten Pachte jenen Nutzen zu ziehen, den er im Laufe des noch ihm zukommenden $1^{1}/_{2}$ Pachtjahres erlangen zu können glaubte. Seine auf Zahlung des Betrages dieses berechneten Nutzens wider B gerichtete Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen.

Gründe der dritten Instanz: Der §. 1324 a. b. G. B. enthält die Bestimmung, daß nur in dem Falle eines aus böser Absicht oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens der Beschädigte volle Genugthuung, das ist nach §. 1323 a. b. G. B. den Ersatz nicht nur des erlittenen Schadens, sondern auch des entgangenen Gewinnes, in den übrigen Fällen aber nur den Ersatz des erlittenen Schadens, d. i. nur die eigentliche Schadloshaltung, zu fordern berechtigt sei, und daß hienach in den Fällen, wo im Gesetz der allgemeine Ausdruck „Ersatz" vorkommt, zu beurtheilen ist, welche Art des Ersatzes zu leisten sei. Während nun im §. 1120 a. b. G. B. festgesetzt ist, daß bei einem freiwilligen Verkaufe des Bestandstückes der Bestandinhaber, welcher, wenn sein Recht nicht in den öffentlichen Büchern eingetragen ist, dem neuen Besitzer auch vor Ablauf der vertragsmäßig bestimmten Bestandzeit weichen muß, berechtigt ist, von dem Bestandgeber in Rücksicht auf den erlittenen Schaden und entgangenen Nutzen eine vollkommene Genugthuung zu fordern, so ist dagegen im 1121 a. b. G. B. die Bestimmung enthalten, daß bei einer nothwendigen gerichtlichen Veräußerung dem Bestandnehmer, der selbst in dem Falle, wenn sein Recht als ein dingliches Recht eingetragen ist, dem neuen Käufer weichen muß, in Rücksicht auf die Entschädigung sein Vorzugsrecht vorbehalten bleibt. Der in dem letztcitirten Paragraph gebrauchte generelle Ausdruck „Entschädigung", welcher wohl dem Ausdrucke „Ersatz" gleich zu achten ist, enthält als Unterarten die oben im §. 1324 a. b. G. B. erwähnten speciellen Arten des Ersatzes, nämlich die eigentliche Schadloshaltung und die volle Genugthuung, und es ist eben nach der Anordnung des §. 1324 a. b. G. B. in jedem speciellen Falle zu prüfen, ob der Schaden aus böser Absicht oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit oder ohne solche entstanden sei, um hienach zu entscheiden, ob volle Genugthuung oder bloße Schadloshaltung zu leisten sei. Bei einem freiwilligen Verkaufe entfällt die Nothwendigkeit einer solchen Prüfung, weil das Gesetz im §. 1120

a. b. G. B. dem Bestandinhaber, wenn er vor Ablauf der vertragsmäßig bestimmten Bestandzeit dem neuen Besitzer weichen muß, das Recht einräumt, von dem Bestandgeber ohneweiters volle Genugthuung zu fordern, was wohl darin seinen Grund hat, daß, wenn bei einem freiwilligen Verkaufe der Bestandgeber es unterlassen hat, bei Abschließung des Kaufvertrages die nöthige Vorsorge zur Wahrung der Rechte des Bestandnehmers zu treffen, eben in einer solchen Unterlassung mindestens eine auffallende Sorglosigkeit liegt. Eine andere Bewandtniß hat es bei einem executiven Verkaufe des Bestandstückes. Wenn es auch hiebei vorkommen kann, daß dem Bestandgeber eine böse Absicht oder auffallende Sorglosigkeit gegenüber dem Bestandnehmer zur Last fällt, so kann doch eine solche nicht im Vorhinein als vorhanden vermuthet, sondern muß in jedem Falle speciell nachgewiesen werden, wenn der Bestandnehmer den Anspruch auf volle Genugthuung, nämlich Ersatz des Gewinnentganges, stellt. Da nun in dem vorliegenden Rechtsstreite der Kläger, welcher den Ersatz des Gewinnes begehrt, der ihm dadurch angeblich entgangen ist, daß der Pacht vor Ablauf der vertragsmäßigen dreijährigen Pachtzeit in Folge des executiven Verkaufes der gepachteten Realität aufgelöst wurde, keine Thatsache angeführt hat, aus der entnommen werden könnte, daß hiebei den Verpächtern eine böse Absicht oder auffallende Sorglosigkeit gegen den Kläger als Pächter, zur Last falle, und von einer solchen um so weniger bei den mitgeklagten Tabularinteressenten die Rede sein kann, auch der Kläger das bücherliche Pfandrecht nicht etwa für seine Ersatzansprüche in dem Umfange einer vollen Genugthuung erwirkt hat, so erscheint sein Klagebegehren nicht begründet.

---

## Nr. 4065.

### Voraussetzung und Beschaffenheit der zu leistenden cautio usufructuaria.

**Entsch. v. 23. Februar 1871, Nr. 8212 (Best. des Urth. des B. G. Neuern v. 26. Jänner 1870, Nr. 4754, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 13. April 1870, Nr. 11455). G. H. 1871, S. 143.**

In der Klage des A, Eigenthümers einer Liegenschaft gegen den Nutznießer derselben B, wurde um das Erkenntniß gebeten, daß B schuldig sei, wegen der erfolgten Deteriorirung des baulichen und wirthschaftlichen Zustandes der Realität und wegen der Gefahr weiterer Verschlechterung, zur Sicherstellung derselben vor größerem Schaden und für die Reparatur der durch gerichtlichen Augenschein und Sachbefund bereits erhobenen Beschädigungen im Betrage von 817 fl. eine Caution von 1500 fl. zum Zwecke der begehrten Verwendung bei Gericht zu erlegen, widrigenfalls auf Einschreiten des Klägers die

Realität auf so lange Zeit unter gerichtliche Verwaltung zu stellen sei, bis die Substanz von der sie bedrohenden Gefahr bewahrt und der ordentliche Bau- und wirthschaftliche Zustand der Realität hergestellt sein wird. — In erster Instanz wurde das Klagebegehren abgewiesen. — Das O. L. G. erkannte auf den Beweis durch Sachverständige, welche von dem Beklagten für seine Behauptung, alle zur Beseitigung des Gefahr drohenden Zustandes und der schlechten Bewirthschaftung nothwendigen Verbesserungen noch vor Anstellung der Klage ausgeführt zu haben, angeboten worden war.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil. **Gründe:** Nach §. 520 a. b. G. B. kann der Eigenthümer von dem Gebrauchsberechtigten und von dem Fruchtnießer nur bei einer sich äußernden Gefahr die Sicherstellung der Substanz verlangen, welche der Verpflichtete nach §. 1373 durch Handpfand, Hypothek und wenn er ein Pfand zu geben außer Stande wäre, durch taugliche Bürgen leisten muß. Bei der Allgemeinheit dieser letzteren Bestimmung kann der Fruchtnießer auch in dem Falle des §. 520 nicht verurtheilt werden, die verlangte Sicherheit durch Erlag einer Geldcaution zu leisten. Der Kläger will zwar sein Begehren auf Leistung der Geldcaution damit rechtfertigen, daß die nach dem Sachbefunde nothwendigen Herstellungen an der Realität eben nur bei dem Erlag einer Geldcaution möglich sind. Allein der vom Kläger beabsichtigte Vorgang ist im Gesetze nicht begründet. Denn, wenn er schon dermalen berechtigt zu sein glaubt, von dem beklagten Fruchtnießer nebst der Sicherstellung der Substanz auch die dem Usufructuar nach §. 513 a. b. G. B. obliegenden Herstellungen, Ergänzungen und Ausbesserungen zu fordern, so mag er darauf seine Klage richten; er ist aber nicht berechtigt, von ihm die Erfüllung dieser Pflichten unter der im §. 520 ausgedrückten Sanction zu begehren, daß bis zur Herstellung des ordentlichen Bau- und Wirthschaftszustandes der Realität dieselbe in gerichtliche Verwaltung durch Sequestration gegeben werde, sondern es würde ihm nur zustehen, die Verpflichtung des Beklagten nach Vorschrift der Gerichtsordnung mittelst der Execution durchzusetzen.

---

## Nr. 4066.

### Actio negatoria: Unterbrechung der Ersitzung einer Real-Servitut durch zeitweise Vereinigung der beiden Grundstücke.

**Entsch. v. 23. Februar 1871, Nr. 10117 (Best. des das Urth. des B. G. Neumarkt v. 30. Dec. 1869, Nr. 3174, abänd. Urth. des O. L. G. Graz 7. Juni 1870, Nr. 1157). G. H. 1871, S. 174.**

A, Eigenthümer der Bründelwiese, belangte den B als Besitzer des Scheiderhofes mit der negatorischen Servitutsklage und begehrte,

daß die Freiheit seines Grundstückes von der Servitut des Fußpfades ausgesprochen werde. Der gerichtliche Augenschein und Sachbefund ließen ober- und unterhalb der Bründelwiese die Spur eines seit langer Zeit bestehenden Fußweges erkennen, der die Wiese durchschneidet und von dem oberen Ende derselben über das Grundstück des C zum Scheiderhofe des Beklagten, vom unteren Ende über Wiesen anderer Eigenthümer zu dem Wege nach der Ortschaft X führt. Aus den Aussagen der Zeugen ergab sich, daß der streitige Fußpfad vor Anstellung der Klage durch mehr als 30 Jahre von den Besitzern des Scheiderhofes benutzt worden ist; allein während dieser Benutzungszeit war das Eigenthum des Scheiderhofes und der Bründelwiese einige Jahre hindurch in der Person des D vereinigt und seit dem Verkaufe des Scheiderhofes von D an den Beklagten bis zur Klage ein Zeitraum von weniger als 30 Jahren verstrichen. — Von dem Gerichte erster Instanz wurde der Kläger in der Erwägung abgewiesen, daß der durch mehr als 30 Jahre unbehindert benutzte Fußpfad von dem Scheiderhofe bis zu dem Wege nach X naturgemäß in seiner ganzen Ausdehnung und Continuität in's Auge gefaßt werden muß, daher die zeitliche Vereinigung des Eigenthumes der Bründelwiese, über welche nur ein Stück des die Gründe verschiedener Besitzer durchschneidenden Pfades geht, mit dem Eigenthume des Scheiderhofes in einer Person die Unterbrechung der Ersitzung der Dienstbarkeit nicht zur Folge hatte. — Das O. L. G. erkannte nach dem Klagebegehren.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Zur Zeit, als das Eigenthum der Bründelwiese und des Scheiderhofes in der Person des D vereinigt wurde, war die Servitut noch nicht ersessen; so lange diese Vereinigung dauerte, konnte von der Ausübung, von dem Besitze einer Dienstbarkeit keine Rede sein, weil es damals weder ein herrschendes noch ein dienendes Grundstück gab, indem D nicht ein fremdes, sondern sein eigenes Grundstück als Fußweg benutzte; die Besitzzeit nach Aufhebung der Vereinigung bis zur Klageanstellung umfaßt aber nicht 30 Jahre. Der Beklagte hat daher die Servitut durch Ersitzung nicht erworben. Der von der ersten Instanz für ihn geltend gemachte Umstand, daß der von den Besitzern des Scheiderhofes betretene Fußweg nicht über die Bründelwiese allein, sondern auch über Grundstücke anderer Eigenthümer führt, ist ohne jeden Belang, weil — abgesehen davon, daß die Letzteren nicht in dem Processe sind — das gegen sie erworbene Recht der Dienstbarkeit auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Kläger und dem Beklagten keinen Einfluß äußern kann.

---

## Nr. 4067.

### Geldschulden: rückwirkende Kraft der gesetzlichen Bestimmungen über den Zwangscurs.

**Entsch. v. 23. Februar 1871, Nr. 14217 (Best. des Urth. des B. G. Falkenau v. 10. Mai 1870, Nr. 3654, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 10. Oct. 1870, Nr. 23114). G. Z. 1871, Nr. 59.**

In der bei der Liegenschaft X der Eheleute C intabulirten Urkunde vom 1. Jänner 1843 versprachen sie dem A die Zurückzahlung des in Silberzwanzigern empfangenen Darlehens von 300 fl. C. M. in derselben Münzsorte. Am 13. Februar 1853 stellten sie dem A die gleichfalls bei X intabulirte Erklärung aus, die das Versprechen enthält, das in Silberzwanzigern gegebene Darlehen in dieser Münze zurückzuzahlen oder im Falle der Verwendung von anderen österreichischen Münzsorten, von Banknoten oder Creditpapieren zur Zurückzahlung, die nicht den gleichen Werth der Silberzwanzigkreuzerstücke haben, die zur Ausgleichung nöthige Aufzahlung zu leisten. Die Pfandliegenschaft überging grundbücherlich auf den B, welcher dem A 300 fl. C. M. in Banknoten zahlte und nun von ihm mit der Hypothekarklage vom 1. April 1870 auf Nachzahlung des Aufgeldes im Betrage von 78 fl. belangt wurde. Der Beklagte vertheidigte sich mit den bekannten Finanzgesetzen und erwirkte in erster Instanz ein freisprechendes Urtheil. — Das O. L. G. erkannte nach dem Klagebegehren.

In Erwägung, daß nach dem a. h. Patente vom 2. Juni 1848, J. G. S. Nr. 1157, bei allen Zahlungen, die nicht in Gold oder ausländischer Silbermünze gebühren, die Noten der österreichischen Nationalbank nach dem Nennwerthe angenommen werden müssen; daß in der kaiserl. Verordnung vom 7. Februar 1856, R. G. Bl. Nr. 21, eine Ausnahme hievon zu Gunsten des Gläubigers nur für die nach Kundmachung dieses Gesetzes in klingender Münze gegebenen Darlehen statuirt ist, daß aber gemäß demselben für Zahlungen jeder anderen Art bis zur Aufhebung des Zwangscurses es bei den Bestimmungen des citirten Patents vom 2. Juni 1848 sein Verbleiben hat, welche Verfügung auch durch das kaiserl. Patent v. 27. April 1858, R. G. Bl. Nr. 63, §. 10, aufrecht erhalten wurde; daß durch die kaiserl. Verordnung vom 26. December 1858, R. G. Bl. Nr. 244, daran eben so wenig etwas geändert worden ist; daß eine rechtsverbindliche Kraft dem Uebereinkommen der Parteien nicht zuerkannt werden kann, wodurch im Gegensatze zum Patente vom 2. Juni 1848 die Wirksamkeit desselben vereitelt und der im öffentlichen Interesse damit eingeführte Zwang zur Annahme der Banknoten im Nennwerthe wieder aufgehoben würde, — hat der oberste Gerichtshof das erstgerichtliche Urtheil bestätigt.

---

## Nr. 4068.

### Werkvertrag: späterer Kunstbefund über die ursprünglichen Mängel des verfertigten Werkes.

Entsch. v. 23. Februar 1871, Nr. 14973 (Best. des das Urth. des B. G. Alt- und Neustadt Prag v. 17. August 1870, Nr. 12005, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 17. Oct. 1870, Nr. 32509). G. Z. 1871, Nr. 56.

Gegen die Klage des Schneiders A um Zahlung ausständigen Lohnes für die Verfertigung von Kleidungsstücken nahm der Beklagte B das im zweiten Satze des §. 1153 a. b. G. B. normirte Recht auf angemessene Entschädigung und Zurückbehaltung eines proportionellen Theiles des Lohnes in Anspruch, welches er damit begründete, daß der von ihm dem Kläger für ein Beinkleid gegebene Stoff im Werthe von 8 fl. vom Letzteren verschnitten worden, das Beinkleid zu kurz und zu eng und ganz unbrauchbar ausgefallen sei. Zum Beweise für diese gegnerischerseits widersprochene Anführung berief sich der Beklagte auf Kunstverständige, welche im Processe gehört wurden und aussprachen, daß das Beinkleid für B in der That zu eng ist und daß trotz etwaiger Ueberarbeitung „nie mehr daraus eine ordentliche Hose wird". — In der Meinung, daß durch diesen Befund der die Einwendung des B rechtlich begründende Umstand nicht festgestellt wurde, weil darnach mit Bestimmtheit nicht behauptet werden könne, daß das Beinkleid auch schon zur Zeit der Lieferung an den Beklagten (ein Jahr vor Aufnahme des Befundes) — welcher Zeitpunkt allein entscheidend sei — demselben zu eng und somit unbrauchbar war, hat das Gericht erster Instanz dem Klagebegehren stattgegeben. — Vom O. L. G. hingegen wurde der Angeklagte gegen Leistung des Schätzungseides über den seinerseits behaupteten Werth des Stoffes klagefrei gesprochen. Gründe: Die Bemerkung der Kunstverständigen im Befundprotokolle, daß im Hinblick auf die bereits ein Jahr vorher erfolgte Verfertigung des Beinkleides nicht bestimmt werden kann, ob dasselbe gleich damals dem Beklagten zu eng war, weil er seither stärker geworden sein kann, verdient gar keine Beachtung, weil sofort nach der Ablieferung von dem Beklagten dem Kläger der Anstand gemacht worden ist, mithin des Letzteren Sache gewesen wäre, sich durch einen sogleich aufzunehmenden Befund dagegen sicherzustellen, und weil zur Annahme, daß der Beklagte inzwischen stärker geworden sei, so wenig als zur Annahme des Gegentheiles ein Grund vorliegt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil des O. L. G. aus dessen Gründen.

## Nr. 4069.

### Gesetzliches Pfandrecht des Vermiethers an den invectis et illatis: Umfang desselben.

**Entsch. v. 23. Februar 1871, Nr. 1024 (Best. des das Urth. des B. G. Krakau v. 24. Juli 1870, Nr. 2407, abänd. Urth. des O. L. G. Prag vom 13. Sept. 1870, Nr. 30266). G. Z. 1871, Nr. 56.**

B, Vermiether einer Wohnung und Schmiedewerkstatt an C, hatte denselben auf Zahlung des rückständigen Miethzinses belangt und gleichzeitig, um sich seines gesetzlichen Pfandrechtes zu versichern, die Beschreibung der Fahrniß und der Handwerksgeräthschaften bei C begehrt, welche bewilligt und vollzogen wurde. Dagegen trat nun die Gattin des C gegen B klagend auf und forderte die Ausscheidung einer Anzahl der beschriebenen Gegenstände aus dem Pfandbeschreibungsprotokolle, indem sie mit dem referiblen Haupteid den Beweis antrug, daß sie die Eigenthümerin der zu excindirenden Sachen sei, resp. dieselben zum Theil (Einrichtungsstücke) bei ihrer Verehelichung von ihren Eltern als Ausstattung, zum Theil (Werkzeuge) von ihrem Vater während der Ehe als Geschenk erhalten und zum andern Theil (Fahrniß) mit eigenem Gelde angeschafft habe. Von dem Beklagten wurde eingewendet, daß an diesen Objecten, selbst unter der — von ihm bestrittenen — Voraussetzung des Eigenthums der Klägerin, nach §. 1101 a. b. G. B. ihm das Pfandrecht zustehe, weil dieselben jedenfalls als seinem Schuldner C anvertraut zu betrachten seien. — Das Gericht erster Instanz erkannte auf den erwähnten Haupteid, wogegen das O. L. G. die Klägerin ohne Weiteres abwies.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Die streitigen Sachen befanden sich zur Zeit der von B angestellten Klage theils in der von C und von der Klägerin benutzten Wohnung, theils als Handwerkszeug in der von C gemietheten Werkstatt und sind, wie die Klägerin selbst angibt, von ihr eingebracht worden. Sie waren aber auch dem Ehemanne C anvertraut: denn für einen Theil gesteht die Klägerin ausdrücklich die Benutzung durch C; beim Handwerkszeug ist dies selbstverständlich und dasjenige, was sie als Ausstattung in die Ehe eingebracht zu haben vorgibt, kann nach den §§. 788 und 1231 a. b. G. B. nur als Heiratsgut genommen werden, an welchem aber nach §. 1228 ebendort dem Manne der Fruchtgenuß zusteht, und muß daher ihm zur Benützung im Sinne der §§. 1101 und 367 a. b. G. B. übergeben worden sein. Der von der Klägerin angebotene Eigenthumsbeweis war also ganz inconcludent.

---

## Nr. 4070.

### Berechtigung eines Erbschaftsgläubigers zur executiven Eintreibung seiner Forderung trotz erfolgter Convocation der Erbschaftsgläubiger.

**Entsch. v. 23. Februar 1871, Nr. 1097 (Best. des das Urth. des B. G. Tetschen v. 21. Oct. 1870, Nr. 7078, abänd. Urth. des O. L. G. Prag vom 5. Dec. 1870, Nr. 42210). G. Z. 1871, Nr. 56.**

Vor Ablauf des edictalen Anmeldungstermines (§. 813 a. b. G. B.) belangte der Verlassenschaftsgläubiger A die Vorbehaltserben auf Zahlung seiner Forderung per 123 fl., indem er das Begehren stellte, daß die Beklagten verurtheilt werden, ihm dieselbe binnen 14 Tagen bei sonstiger Execution zu zahlen. Von den Erben wurde die Schuld anerkannt, allein gegen das Begehren sofortiger Zahlung mit Berufung auf §. 813 a. b. G. B. protestirt. — Das Gericht erster Instanz berücksichte diese Einsprache und erkannte deshalb auf Abweisung der Klagebitte. — Von dem O. L. G. wurde dem Begehren aus folgenden Gründen stattgegeben: Die Convocation der Erbschaftsgläubiger hat nur die im §. 814 a. b. G. B. festgesetzte Wirkung; das im §. 811 bezeichnete Recht des einzelnen Erbschaftsgläubigers wird durch die §§. 813 und 814 in keiner Weise beirrt und ungeachtet der Convocation steht ihm frei, seine Klage gegen die Verlassenschaft oder gegen die Erben anzubringen und sein Recht zu verfolgen, wie wenn das Convocationsedict nicht erlassen worden wäre. Wenn aber der §. 813 am Schluß sagt, daß es den Erben freisteht, bis nach verstrichener Edictalfrist mit der Befriedigung der Gläubiger inne zu halten, so ist zu erwägen, daß dort nur von der freiwilligen Befriedigung der Gläubiger durch den Erben, nicht aber von dem Fall die Rede ist, wo der Letztere durch gerichtlichen Zwang zur Befriedigung des Gläubigers angehalten wird.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil des O. L. G. aus dessen Gründen, weil das im §. 813 a. b. G. B. dem Erben eingeräumte Recht, bis zum Ablaufe der in dem Einberufungsedicte gesetzten Frist mit der Befriedigung der Verlassenschaftsgläubiger inne zu halten, nach dem Wortlaute des Paragraphen die Letzteren nicht hindert, ihre Forderungen im Proceßwege geltend zu machen und mittelst des Vollstreckungsverfahrens sich die Befriedigung zu verschaffen.

## Nr. 4071.

### Abzweigung des Wirkungskreises der Gerichte und Verwaltungsbehörden: Bau- (sanitäts-) polizeilicher Auftrag zur Erhöhung eines Rauchfanges.

**Entsch. v. 28. Februar 1871, Nr. 2360 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Triest v. 9. Nov. 1870, Nr. 8412 und des O. L. G. Triest v. 15. Dec. 1870, Nr. 6803). G. Z. 1871, Nr. 71. G. H. 1871, S. 274.**

Durch die Verordnung des Stadtmagistrates in Triest, mit welcher der k. k. priv. Azienda Assicuratrice, als Eigenthümerin eines dort gelegenen Hauses aus Gesundheitsrücksichten aufgetragen wurde, die Rauchfänge ihres Gebäudes zu erhöhen und bis dahin den Gebrauch der Steinkohlen in dem Hause zu unterlassen, erachtete sich die Azienda in ihren Privatrechten verkürzt, trat wegen vermeintlicher Ueberschreitung der dem Stadmagistrate zustehenden Befugnisse gegen die Nachbarn klagend auf und stellte das Begehren um Erkenntniß der gesetzlichen Unstatthaftigkeit der von dem Magistrate erlassenen Anordnung. — Das Gericht erster Instanz wies die Klage wegen Unzuständigkeit der Gerichte a limine zurück. — Das O. L. G entschied in gleichem Sinne, weil die durch das Decret des Stadtmagistrates getroffenen Verfügungen lediglich Anordnungen und Verbote enthalten, welche offenbar aus Polizei- und Sanitätsrücksichten erlassen wurden; weil im vorliegenden Falle die im Art. 15, erster Absatz des Staatsgrundgesetzes v. 21. December 1867, Nr. 144, enthaltene Vorschrift nicht anwendbar ist, da es sich nicht um eine von der Verwaltungsbehörde über einander widerstreitende Ansprüche von Privatpersonen erflossene Entscheidung handelt, und weil der durch den Bescheid des Stadtmagistrates sich beschwert fühlenden Partei offen stand, das Rechtsmittel des Recurses an die zuständigen höheren Verwaltungsbehörden und beziehentlich nach dem zweiten Absatze des obcitirten Art. 15 an den Verwaltungsgerichtshof zu ergreifen.

In Erwägung, daß der Stadtmagistrat in Triest mit seinem Erlasse nur Vorkehrungen im Interesse der öffentlichen Sanitätsverhältnisse und der öffentlichen Ordnung traf, ohne irgend welche durch das Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, Nr. 144, der ausschließenden Zuständigkeit der Gerichtsbehörden vorbehaltene Privatrechtsfragen zu lösen, hat der oberste Gerichtshof den a. o. Recurs der Klägerin verworfen.

## Nr. 4072.

### Gerichtliche Hinterlegung einer Schuld wegen Nichtausstellung einer intabulationsfähigen Quittung.

**Entsch. v. 28. Februar 1871, Nr. 2389 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Eger v. 27. Dec. 1870, Nr. 14071 und des O. L. G. Prag vom 17. Jänner 1871, Nr. 2006). Zeitschr f. d. Notariat 1871, Nr. 16.**

B war von den Erben des A wegen Zahlung eines auf seinem Hause pfandrechtlich haftenden Capitals belangt worden und deponirte den Capitalsbetrag nebst Zinsen bei dem Gerichte, indem er den Erlag damit begründete, daß er zur Zahlung nur gegen Ausstellung einer intabulationsfähigen Quittung verpflichtet sei, welche aber die Erben des A ihm nicht ausstellen können, da das Capital in dem Inventar der A'schen Verlassenschaft nicht aufgenommen und den Erben des A nicht eingeantwortet, noch bücherlich übertragen worden ist, weshalb ihm nach §. 1425 a. b. G. B. das Recht der Deponirung zustehe. — Beide Untergerichte haben den Gelderlag mit der Erklärung angenommen, daß das Depositum den Erben des A nur gegen Ausstellung einer intabulationsfähigen Quittung ausgefolgt werden wird.

Auf den Recurs der Letzteren, die in der Annahme des Erlages ein Präjudiz ihrer Rechte erblickten, bestätigte der oberste Gerichtshof die untergerichtlichen Verordnungen, weil durch die gerichtliche Annahme des Erlages nach §. 1425 a. b. G. B. noch nicht entschieden ist, daß derselbe rechtmäßig geschehen sei, sondern den Parteien überlassen bleibt, darüber auf besonderem Wege zu verhandeln.

---

## Nr. 4073.

### Zuständigkeit des mit der Klage zur Rechtfertigung der Pränotation befaßten Gerichtes für den damit verbundenen Anspruch auf Zahlung.

**Entsch. v. 1. März 1871, Nr. 11618 (Best. des das Urth. des B. G. Marburg v. 2. März 1870, Nr. 12245, abänd. Urth. des O. L. G. Graz vom 12. April 1870, Nr. 4570). G. H. 1871, S. 294.**

In der Klage, welche A gegen die k. k. priv. Südbahngesellschaft zur Rechtfertigung der für einige Forderungen erwirkten Pfandrechtspränotation bei dem Realgerichte (§. 56 J. N.) angebracht, stellte er auch das Begehren um Verurtheilung der Beklagten zur Zahlung seiner Forderungen. Bezüglich dieses Begehrens wurde von der persönlich dem L. G. in Wien unterworfenen Beklagten die Einwendung der Incompetenz des angerufenen Gerichtes erhoben, welcher Einwendung dasselbe mit der Motivirung stattgab, daß die Bestimmung des

§. 56 J. N. einen besonderen Gerichtsstand aufstelle, unter welchem auch nur jene Fälle subsumirt werden dürfen, für die der besondere Gerichtsstand statuirt ist; daß hiezu aber nur die Klage zur Rechtfertigung der Pränotation, nicht auch die Klage auf Zahlung der vorgemerkten Forderung gehört; daß die Vermengung des Pränotationsrechtfertigungs- und des Zahlungsbegehrens und sohin die Zulassung des in §. 56 J. N. normirten besonderen Gerichtsstandes eine offenbare Umgehung der Vorschriften der §§. 13 und 26 J. N. über den allgemeinen persönlichen Gerichtsstand sein würde.

Von dem obersten Gerichtshofe wurde in Uebereinstimmung mit dem O. L. G. die Incompetenzeinrede abgewiesen, weil die Klage zur Rechtfertigung einer erwirkten Vormerkung die Richtigkeit der Forderung, mithin auch den Anspruch auf Zahlung zum Gegenstande hat.

---

## Nr. 4074.

### Separatio bonorum: Nachweis einer Gefahr?

**Entsch. v. 1. März 1871, Nr. 2123 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Kimpolung v. 1. August 1869, Nr. 5130 und des O. L. G. Lemberg v. 21. Juni 1870, Nr. 14802). G. H. 1871, S. 131.**

Das Gesuch des A als Gläubiger der Verlassenschaft des M um Separation des Nachlasses von dem Vermögen des Erben B, Verwaltung desselben durch einen Curator und Vormerkung der Forderung des A war mit dem Nachweise der letzteren begründet, wurde aber von beiden Untergerichten abgewiesen, weil A das Motiv seiner Besorgniß, durch die Vermengung der Verlassenschaft mit dem Vermögen des Erben für seine Forderung Gefahr zu laufen, nicht angeführt, viel weniger bescheinigt hatte.

Der oberste Gerichtshof bewilligte das Gesuch des A und bemerkte, daß der Erbschaftsgläubiger, um die Separation nach §. 812 a. b. G. B. zu erwirken, eine besondere Gefahr für seine Forderung nicht auszuweisen habe, weil das Gesetz dies nicht fordert, die Vermengung beider Vermögen, welche er eben besorgt, jedenfalls möglich ist, und übrigens die Durchführung der Separation nur auf seine Verantwortung und unter den im Gesetze selbst bestimmten Folgen stattfinden kann.

---

## Nr. 4075.

### Zuständigkeit des Proceßgerichtes zur Enthebung des Armenvertreters wegen Undurchführbarkeit des Rechtsstreites.

**Entsch. v. 1. März 1871, Nr. 2212 (Best. des Decr. des Ausschusses der Advocatenkammer in Salzburg v. 5. Dec. 1870, Nr. 192, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 11. Jänner 1871, Nr. 410). G. H. 1871, S. 186.**

Das Gesuch des Advocaten A um Enthebung von der ihm übertragenen unentgeltlichen Vertretung des B war darauf gegründet, daß A aus der Einrede des Beklagten C und aus der Information des B selbst sich überzeugt hatte, daß die von ihm eingeklagte Forderung des Letzteren durch Compensation getilgt, daher der Proceß nicht durchführbar sei. — Der Ausschuß der Advocatenkammer lehnte das Gesuch ab, weil er weder berufen noch in der Lage sei, über die Durchführbarkeit des Rechtsstreites zu urtheilen. — Das O. L. G. hingegen verordnete die meritorische Erledigung des Gesuches, weil beim Mangel einer Vorschrift über die Enthebung von unentgeltlichen Vertretungen in der Advoc.-Ordn. vom 6. Juli 1868, Nr. 96, angenommen werden müsse, daß dem Kammerausschusse, welchem der §. 16 der Advoc.-Ordn. die Bestellung des unentgeltlichen Vertreters einräumt, auch die Enthebung des Bestellten zustehe, daher auch die Beurtheilung zukomme, ob der bezügliche Rechtsstreit durchführbar sei.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den Beschluß des Ausschusses der Advocatenkammer, in Erwägung, daß nach §. 16 der cit. Advoc.-Ordn. durch den Ausschuß zwar die Bewilligung eines unentgeltlichen Vertreters zu erfolgen hat, allein die Enthebung des Bestellten wegen Undurchführbarkeit des Rechtsanspruches, dessen Verfolgung ihm übertragen wurde, weder bei den im §. 27 der Advoc.-Ordn. der Advocatenkammer zugewiesenen Angelegenheiten aufgeführt ist, noch zu den im §. 28 ibid. bezeichneten Geschäften des Ausschusses gehört; daß aus dem in dem §. 16 und §. 28 lit. i der Advoc.-Ordn. dem Ausschusse eingeräumten Rechte der Bewilligung eines unentgeltlichen Vertreters dessen Befugniß zur Enthebung des Bestellten wegen Undurchführbarkeit der zu vertretenden Rechtssache nicht gefolgert werden kann, weil nach dem Gesetze der Ausschuß auch nicht die Bewilligung des unentgeltlichen Vertreters von der Untersuchung der Durchführbarkeit des Anspruches abhängig machen darf; daß in dem §. 19 der früheren provisorischen Advoc.-Ordn. v. 16. August 1849, R. G. Bl. Nr. 364, die Entscheidung über das Gesuch eines Advocaten um Enthebung von der ihm aufgetragenen unentgeltlichen Vertretung dem Gerichte vorbehalten wurde, diese Vorschrift aber wirksam ist, weil durch den Artikel II des Gesetzes v. 6. Juli 1868, Nr. 96, die Advoc.-Ordn. v. 16. August 1849 und alle Gesetze und Vorschriften, welche Gegenstände der jetzt geltenden Advoc.-Ordn. betreffen, nur insoweit aufgehoben worden sind, als sie mit den Bestimmungen der letzteren nicht in Einklang stehen.

## Nr. 4076.

### Aufforderungsproceß: Verstreichung der dem Aufgeforderten zur Klageanstellung bestimmten Frist; processualischer Vorgang zur Herbeiführung der Auferlegung des ewigen Stillschweigens.

**Entsch. v. 1. März 1871, Nr. 2235 (Best. des das Decr. des L. G. Prag v. 8. Nov. 1870, Nr. 36039, aufheb. Decr. des O. L. G. Prag v. 6. Dec. 1870, Or. 42885). G. H. 1871, S. 358.**

In dem von A gegen B durchgeführten Aufforderungsproceß wegen Rechtsberühmung war dem Letzteren durch Urtheil die Anstellung der Klage mit Bestimmung einer Frist unter Androhung der Auflage des ewigen Stillschweigens aufgetragen worden. Erst nach verstrichener Frist überreichte B die Klage, welche deshalb von dem Gerichte erster Instanz wegen Verspätung a limine zurückgewiesen wurde. Auf das sodann von A angebrachte Gesuch um Acteninrotulirung trug das Gericht dem B ohne Weiteres das ewige Stillschweigen auf, weil in dem vorliegenden Falle, wo dem B die Ausführung des Rechtes, dessen er sich berühmte, mittelst ordentlicher Klage bereits durch Urtheil aufgetragen worden ist, das Hofdcr. vom 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 620 lit. f) keine Anwendung finde, daher die vorgängige Acteninrotulirung nicht erforderlich sei. — Das O. L. G. hob diesen Bescheid auf und verordnete die Erledigung des Acteninrotulirungsgesuches aus folgenden Gründen: Für das Streitverfahren, in welchem es sich um Privatinteressen handelt, gilt der Grundsatz des §. 1 a. G. O., daß der Richter niemals von amtswegen verfahren, daher auch nicht mehr oder anderes, als begehrt wurde, bewilligen darf. Da nun A nach Vorschrift des cit. Hofdecretes wegen nicht angebrachter Klage des Aufgeforderten die Inrotulirung der Acten des Aufforderungsprocesses nachgesucht hat, so ist dieses Begehren nach den obwaltenden Umständen zu erledigen, also entweder zu bewilligen oder abzuweisen; und es macht dabei keinen Unterschied, daß dem B zur Anstellung seiner Klage mittelst Urtheils eine Frist gesetzt worden ist, weil auch in diesem Falle, bei nicht angebrachter Klage, nach §. 71 a. G. O. das ewige Stillschweigen nur auf Anlangen des Aufforderers, nicht von amtswegen auferlegt werden kann.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung der zweiten Instanz aus deren Gründen.

---

## Nr. 4077.

### Leidenschaftliches Karten- und Börsenspiel als Scheidungsgrund.

**Entsch. v. 1. März 1871, Nr. 2288 (Best. des das Urth. des L. G. Wien v. 28. Juni 1870, Nr. 26723, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 17. Dec. 1870, Nr. 22106). Jur. Bl. 1873, Nr. 22.**

Die Ehescheidungsklage der A gegen den Kaufmann B war auf die Anführung gegründet, daß der Beklagte hohem Kartenspiele leiden-

schaftlich ergeben sei und im Börsespiel sein Vermögen von 50.000 fl. und dazu das ihm zugebrachte Heiratsgut von 8000 fl. verloren habe. — Das Gericht erster Instanz wies die Klage ab, indem es den Spielverlust des B als ein vereinzeltes Factum ansah, durch welches eine fortdauernde Gefährdung des Vermögens „durch unordentlichen Lebenswandel" (§. 109 a. b. G. B.) nicht dargethan werden könne, und meinte, daß dem Gesetze geradezu Zwang angethan würde, wenn man unglückliche Börsespeculationen als einen gesetzlichen, rechtmäßigen Ehescheidungsgrund gelten lassen wollte. — Das O. L. G. verordnete die Vernehmung von Zeugen (Caffeehauskellner, Börseagenten), in der Erwägung, daß leidenschaftliches und hohes Kartenspiel sowie das Spielen auf der Börse mit Rücksicht auf die hiebei angeblich erlittenen Verluste und den eingetretenen Verfall des Vermögens der Klägerin immerhin als ein giltiger Scheidungsgrund im Sinne des cit. Gesetzes angesehen werden kann.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung der zweiten Instanz, weil erst nach Anhörung der Zeugen mit Gründlichkeit darüber werde gesprochen werden können, ob B sich dem Karten- und Börsenspiele in einer das Scheidungsbegehren nach §. 109 a. b. G. B. rechtfertigenden Weise ergeben habe.

---

## Nr. 4078.

## Verabredung zur schriftlichen Errichtung eines Vertrages oder zur Ausfertigung einer Beweisurkunde? Condictio causa data non secuta.

**Entsch. v. 2. März 1871, Nr. 8752 (Best. des Urth. des B. G. Rakonitz v. 17. Februar 1870, Nr. 63, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag v. 26. April 1870, Nr. 12829). G. H. 1871, S. 202.**

B hatte dem A sein Haus verkauft, dabei die Herstellung der bücherlichen Ordnung bezüglich des Hauses, sowie die schriftliche Ausfertigung des Contractes versprochen und von A 50 fl. als Angeld und später 100 fl. auf Abschlag vom Kaufpreis erhalten. Da B die bücherliche Ordnung nicht herstellte und sich zeigte, daß er selbst im Grundbuch noch nicht an der Gewähr stand, wurde er von A auf die Zurückzahlung der empfangenen 150 fl. belangt und in erster Instanz hiezu verurtheilt, wogegen ihn das O. L. G. aus folgenden Gründen freisprach: Es ist von dem Kläger nicht behauptet worden, noch sonstwie in der Verhandlung vorgekommen, daß die Herstellung der bücherlichen Ordnung bei dem Vertragsschlusse derart zur Bedingung gemacht wurde, daß, wenn der Beklagte binnen einer bestimmten Zeit die bücherliche Ordnung nicht herstellt, der Kauf als aufgehoben gelten soll. Eben so wenig wurde behauptet, daß dem Beklagten die Herstellung

der bücherlichen Ordnung unmöglich wäre. Es steht daher dem Kläger, nachdem er durch Hingabe des Angeldes und durch die Anzahlung auf den Kaufschilling den Willen, auf der Erfüllung des Vertrages zu beharren, an den Tag gelegt hat, nicht das Recht zu, einseitig davon zurückzutreten, die Aufhebung des Vertrages und die Zurückgabe des Gezahlten begehren, sondern er kann nach §. 919 a. b. G. B. nur die genaue Erfüllung des Vertrages und allenfalls Schadenersatz wegen der nicht rechtzeitigen Erfüllung fordern. In der Berufung des Klägers auf den §. 884 a. b. G. B. (Verabredung zu einem schriftlichen Vertrage) liegt eine schiefe Auffassung dieser Gesetzesstelle, da laut der Anführung des Klägers selbst der Kauf mündlich geschlossen wurde und die weitere Abrede, daß der Beklagte die schriftliche Ausfertigung besorgen und dem Kläger einhändigen werde, den Zweck hatte, dem Letzteren die zur Erwerbung des bücherlichen Eigenthums nach §. 434 a. b. G. B. nöthige Urkunde zu verschaffen, keineswegs aber als die Verabredung zu einem schriftlichen Vertrage angesehen werden kann.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz. Gründe: Allerdings wurde der Kaufvertrag mündlich geschlossen und die Herstellung der bücherlichen Ordnung dabei nicht zur Bedingung der Giltigkeit des Geschäftes gemacht; allein eben der Umstand, daß der Beklagte damals und auch zur Zeit der Proceßverhandlung noch nicht an die Gewähr des Hauses geschrieben und darum außer Stande war, den bücherlichen Besitz desselben auf den Kläger zu übertragen, ist für die Bedeutung seines Versprechens, nach Herstellung der bücherlichen Ordnung den Contract für denselben ausfertigen zu lassen, und für die Frage, ob dieses angenommene Versprechen die Verabredung zu einem schriftlichen Vertrage enthalte, von wesentlichem Einfluß. Denn daraus, daß zur Uebertragung des Eigenthums an einer unbeweglichen Sache die Einverleibung des Rechtsgeschäftes in das Grundbuch nothwendig ist und die zur Einverleibung erforderte Urkunde dem bücherlichen Stande der Hypotheken entsprechen muß, folgt, daß die dem Grundbuche entsprechenden Bestimmungen der Eigenthumsübertragung, wie z. B. die Uebernahme von Schulden und Lasten, gar nicht verabredet werden können, wenn der Verkäufer selbst als Besitzer noch nicht vorgeschrieben ist, und daß, nachdem bei der mündlichen Verabredung des Kaufes nur die Zahlung des Kaufgeldes festgesetzt worden ist und der Verkäufer versprochen hat, nach hergestellter bücherlicher Ordnung den Contract ausfertigen zu lassen, diese vom Käufer angenommene Zusage als die Verabredung zu einem schriftlichen Vertrage angesehen werden muß, demnach, da die Ausfertigung, und zwar durch die Schuld des Verkäufers unterblieb, der Kauf zufolge §. 884 a. b. G. B. nicht als geschlossen zu betrachten und der Kläger berechtigt ist, das aus dem Grunde des bevorstehenden Vertragsschlusses Gezahlte (causa data, causa non secuta) zurückzufordern.

---

## Nr. 4079.

### Weiterbegebung des Wechsels während des Processes: Legitimation des Giranten zur Fortsetzung des Processes im eigenen Namen und für Rechnung des Giratars.

**Entsch. v. 2. März 1871, Nr. 14492 (Best. des das Urth. des H. G. Wien v. 24. Juni 1870, Nr. 62796, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 29. Nov. 1870, Nr. 16025). Jur. Bl. 1872, Nr. 44.**

Im Laufe des wechselrechtlichen Processes des A gegen B hatte A den Klagewechsel durch Cessionsgiro der C abgetreten und im Einverständnisse mit der Uebernehmerin die Erklärung abgegeben, den Proceß im eigenen Namen, allein für Rechnung der C fortzuführen, — was der Vertreter des Beklagten als unzulässig erklärte. — Von dem Gerichte erster Instanz wurde die Klage des A abgewiesen aus folgenden Gründen: In Folge der obigen Erklärung des A erscheint derselbe zur Führung des Processes im eigenen Namen nicht mehr als legitimirt. Wenn der Kläger während des Processes die Klageforderung cedirt, so tritt der Cessionar an dessen Stelle in den Proceß und zwar in das Stadium, in dem der Rechtsstreit zur Zeit der Cession sich befindet; er muß sich daher auch alle gegen den Kläger (Cedent) vorgebrachten Einwendungen des Beklagten gefallen lassen. Es geht aber keineswegs an, daß der Proceß auf den Namen des Cedenten A, jedoch für Rechnung der Cessionärin C zu Ende geführt werde; denn gegen A kann kein Urtheil gefällt werden, weil er als Cedent nicht mehr Eigenthümer der Klageforderung ist, die Cessionärin C aber ist in den Proceß nicht eingetreten und das von ihr mit A getroffene Uebereinkommen kann als eine Bevollmächtigung des A zur Fortsetzung des Processes für sie nicht angesehen werden, da für diesen Zweck das Uebereinkommen dahin lauten müßte, daß der Proceß im Namen der C von A zu Ende geführt werden soll. Da nun A als Kläger nicht mehr legitimirt und die C in den Proceß als Proceßpartei nicht eingetreten ist, mußte die Klage abgewiesen werden.

Das O. L. G. erkannte zu Gunsten des Klägers und der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung, indem er in den Motiven den erstgerichtlichen Abweisungsgrund damit für beseitigt erklärte, „daß die C, an welche der Wechsel durch Giro gekommen ist, ihren Vormann A laut protokollarischer Erklärung zur Fortführung des Processes in seinem Namen, jedoch auf ihre Rechnung ermächtigt hat.“

## Nr. 4080.

## Widerspruch gegen die Ehelichkeit der Geburt: Beweis der Unmöglichkeit der Zeugung.

**Entsch. v. 2. März 1871, Nr. 15301 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Hietzing v. 24. März 1870, Nr. 2417 und des O. L. G. Wien vom 13. Oct. 1870, Nr. 11724). G. Z. 1871, Nr. 82.**

Der von seiner Frau Anna geschieden lebende A bestritt mit Klage gegen den Curator ihres Kindes Maria A und gegen sie selbst die eheliche Geburt des ersteren und begehrte das Erkenntniß: A sei nicht der Vater des von der Anna A am 11. September 1868 in X geborenen und im dortigen Taufbuche eingetragenen Kindes; es sei dieses im Taufbuche anzumerken, der Name A bei jenem Eintrag zu löschen und dafür der Geschlechtsname der Mutter einzutragen. Die Beweismittel des A für die von ihm angeführte Unmöglichkeit der Zeugung bestanden in dem Zeugenbeweis, durch welchen A in Verbindung mit dem Erfüllungseid feststellen wollte, daß er seit mehr als fünf Jahren, vom Klagetage — 27. März 1869 — zurückgerechnet, in Y wohnt, abgesehen von Gängen nach Z sich von seinem Wohnorte nie entfernt und daß während dieser Zeit seine Frau nie bei ihm gewohnt, noch je ihn besucht hat; in dem schriftlichen Zeugnisse des Bürgermeisters von X, des Inhalts, daß Anna A seit 20. October 1866 ununterbrochen in X bei Josepha N laut Angabe der Letzteren wohnt; in dem an den Rechtsfreund des Klägers gerichteten Brief der Anna A, worin sie erklärt, daß das Kind unehelich, gegen ihren Willen vom Pfarrer auf Grund des Trauscheines, welchen sie demselben habe vorweisen müssen, auf den Namen des Klägers, statt — wie sie gebeten habe — auf ihren Familiennamen eingetragen worden sei und daß hiemit jeder Grund zur Klage entfalle; endlich in dem Haupteid, welchen der Kläger seiner Frau zur affirmativen Ableistung rückschiebbar darüber auftrug, daß er seit mehr als fünf Jahren mit ihr nicht mehr zusammengekommen ist. — Von den in Y ansässigen Zeugen, die nach Antrag des Klägers verhört wurden, sagte der Eine aus, daß er denselben oft durch eine ganze Woche, ja 3—4 Wochen nicht gesehen und nur im Gasthause mit ihm verkehrt hat; ein zweiter Zeuge ließ zu, daß der Kläger auf kurze Zeit sich aus Y weiter weg entfernt haben kann; ein dritter behauptete, ihn oft 2—3 Monate lang nicht gesehen zu haben; zwei andere Zeugen gaben an, daß sie mit dem Kläger nicht täglich verkehrten.

Der oberste Gerichtshof hat in Uebereinstimmung mit den Untergerichten den Kläger aus folgenden Gründen abgewiesen: Die (obe rwähnten) Beweismittel des Klägers sind nicht geeignet, die Unmöglichkeit der Zeugung der Maria A durch ihn nach §. 158 a. b. G. B. zu erweisen: nicht der Brief seiner Frau an seinen Advocaten, weil nach dem citirten Paragraph die Behauptung der Mutter, daß

ihr Kind unehelich sei, demselben die ehelichen Kindesrechte nicht entziehen kann; nicht das Zeugniß des Bürgermeisters in X, welches sich lediglich auf die Angabe einer dritten Person — Josepha N — stützt und nur die Wohnung der Anna A bestätigt und eben so wenig der geführte Zeugenbeweis, weil durch die Aussagen der Zeugen eine den Beischlaf der Gatten völlig ausschließende Scheidung derselben nicht bewiesen wird. Der aufgetragene Haupteid aber ist unzuläßig. Denn obgleich der §. 158 a. b. G. B. nur das Geständniß der Mutter, daß das Kind unehelich sei, nicht aber auch ausdrücklich den Haupteid als Beweismittel ausschließt, so liegt dessen Ausschließung doch in der Natur der Sache, weil, wenn das Geständniß, eines der sonst wirksamsten Beweismittel, ausgeschlossen wird, wohl auch die Ausschließung des minder kräftigen Beweismittels des Haupteides platzgreifen muß. Es würde aber die Ablegung des Haupteides durch die Anna A, mit ihrem Gatten durch fünf Jahre nicht zusammengekommen zu sein, das Eingeständniß des Ehebruches involviren, welches aber nach §. 158 ihrem Kinde die Rechte der ehelichen Geburt nicht entziehen kann.

---

## Nr. 4081.

### Execution auf ein Erfindungsprivilegium.

**Entsch. v. 7. März 1871, Nr. 1918 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 19. Juli 1870, Nr. 32391 und des O. L. G. Wien v. 16. Dec. 1870, Nr. 18185). G. Z. 1871, Nr. 32.**

A begehrte am 25. Jänner zur Hereinbringung seiner Forderung von 2400 fl. bei dem H. G. in Wien die Execution auf ein dem B zustehendes Privilegium. Das Handelsgericht bewilligte am 27. Jänner die executive Pfändung des dem B laut Privilegiumsurkunde vom 14. November 1866 auf die Erfindung einer Doppeldruckmachschine verliehenen Privilegiums so wie die executive Transferirung der Privilegiumsurkunde und verordnete den Vollzug durch pfandweise Beschreibung und Anmerkung der vollzogenen executiven Pfändung auf der Privilegiumsurkunde. Dem Begehren um Anmerkung der Pfändung in den Registern des Privilegienarchives wurde nicht stattgegeben, weil nach §. 36 des Privilegiengesetzes vom 15. August 1852, R. G. Bl. Nr. 184, nur die Uebertragung eines Privilegiums in den genannten Registern einzutragen ist, durch die executive Pfändung aber eine Uebertragung des Privilegiums nicht bewirkt wird. Ebenso wurde das Begehren um executive Einantwortung des bezogenen gegnerischen Privilegiums als unstatthaft abgewiesen, weil nach §. 314 a. G. O. Gegenstand der executiven Einantwortung nur eine Forderung des Gegners an eine bestimmte

Person sein kann. Die pfandweise Beschreibung und Transferirung wurde am 29. Jänner vorgenommen. Die Anmerkung der vollzogenen Pfändung auf der Privilegiumsurkunde unterblieb, weil A sie nach der Transferirung nicht mehr für nöthig hielt. Gegen die Verweigerung der Bekanntgabe der executiven Pfändung an das Handelsministerium behufs Anmerkung im Privilegienregister überreichte A den Recurs, welchem das O. L. G. Folge gab, weil der §. 28 des Erlasses des Handelsministeriums vom 5. October 1852 (Verordnungsblatt des Handelsministeriums, J. 1852, II. Bd., Nr. 77 — Kundmachung des Statthalters von Oesterreich unter der Enns vom 22. October 1852, Landesgesetz- und Regierungsblatt für Oesterreich unter der Enns Nr. 381) die Vormerkung der von Gerichtsbehörden auf Privilegien bewilligten Pfändungen im Privilegienregister als zulässig erklärt. Die Anmerkung erfolgte am 26. Februar. Inzwischen hatte am 22. Jänner C bezüglich desselben Privilegiums bei dem Landesgerichte in Wien die executive Pfändung nachgesucht und gebeten, daß um deren Vornahme, resp. Anmerkung der Pfändung in dem Privilegienregister das Handelsministerium und das ungarische Ministerium für Landwirthschaft, Industrie und Handel angegangen werden. Mit Bescheid vom 26. Jänner wurde die executive Pfändung des in Rede stehenden Privilegiums bewilligt und an die beiden genannten Ministerien das Ersuchen um Anmerkung dieser executiven Pfändung in den bezüglichen Registern gerichtet. Bei dem Handelsministerium langte das Ersuchen am 11. Februar ein. C erwirkte sodann die executive Schätzung und Feilbietung des Privilegiums. Die letztere ergab einen Erlös von 735 fl., welcher bei Gericht erlegt wurde. Als nun C bei dem L. G. die executive Ausfolgung des Depositums begehrte, erhob A dagegen Einsprache, indem er in Abrede stellte, daß die dem C bewilligte Pfändung durch die Anmerkung im Privilegienregister vollzogen wurde, d. h. daß C durch die Anmerkung der Pfändungsbewilligung in dem Register des Privilegiumsarchives irgend ein Pfandrecht erworben habe, weil man nur durch die Beschreibung des Executionsobjectes ein Pfandrecht erlange (§. 342 a. G. O.), und bemerkte, daß, wenn dem C, obschon er kein executives Pfandrecht erworben hatte, die ferneren Executionsschritte bewilligt worden sind, dies nur den Executen, nicht ihn (A) angehe. — Von beiden Untergerichten wurde das Gesuch des C um Ausfolgung des Feilbietungserlöses abgewiesen. Dagegen ergriff er den a. o. Recurs und machte geltend, daß er am 22. Jänner das Pfändungsgesuch überreicht habe, welches am 26. Jänner erledigt wurde, daß A sein Pfändungsgesuch erst am 25. Jänner überreicht habe, welches am 27. Jänner die Erledigung erlangte, daß er, (C) daher die Priorität der Ueberreichung und die Priorität der Erledigung für sich habe, daß eine Praxis, welche bei demselben Objecte mehrfache Arten der körperlichen Erwerbung des Pfandrechtes zuläßt, als ungerecht bezeichnet werden

müsse, daß die pfandweise Beschreibung eines Privilegiums, sowie jeder unkörperlichen Sache unmöglich erscheine und die Pfändung eines Privilegiums nicht nach Analogie der Pfändung körperlicher Sachen, sondern nur nach jenen Vorschriften vorgenommen werden könne, welche für die Execution auf unkörperliche Sachen bestehen, insbesonders nach der Ministerialverordnung vom 2. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 120, in Betreff der Executionsführung auf solche öffentliche Obligationen, über welche bei den Behörden ebenso wie über Privilegien, Vormerkbücher geführt werden.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs. Gründe: In Betreff des Vorranges gerichtlich bewilligter Pfandrechte an Vermögenschaften, welche keinen Gegenstand von Landtafeln und Grundbüchern bilden, hat in der Regel die Priorität des Vollzuges einer hiezu gesetzlich geeigneten Erwerbungsart und nicht die Priorität der Ueberreichung des bezüglichen Gesuches, noch die Priorität des bewilligenden Bescheides oder das Gelangen desselben an das bezügliche Vollzugsamt oder Vollzugsorgan zu entscheiden. Die für Executionsführungen auf öffentliche Obligationen oder Forderungen an den Staat oder andere öffentliche Fonde in den Ministerialverordnungen vom 2. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 120, und vom 9. Mai 1860, R. G. Bl. Nr. 125, in der gedachten Beziehung angegebenen besonderen Bestimmungen sind als Ausnahmsbestimmungen zu betrachten. Nachdem das Privilegium auf einer besonderen, vom §. 18 des Privilegiengesetzes vorgesehenen, durch den Minister für Handel und Gewerbe ausgestellten Verleihungsurkunde beruht, welche nach §. 53 der Vollzugsvorschrift zu dem gedachten Gesetze vom 5. October 1852, Verordn.-Blatt des Handelsministeriums 1852, II. Band, Nr. 77, im Falle der Nichtigerklärung oder Erlöschung von amtswegen abzunehmen ist, so war nach den geltenden Normen für Executionsacte auf unkörperliche Vermögenschaften, welche beurkundet sind, und mit Hinblick auf die Bestimmungen der §§. 314 und 342 a. G. O. und der §§. 427, 449, 450 und 452 a. b. G. B., die durch den Gerichtsvollzieher am 29. Jänner vorgenommene Zustellung des von A erwirkten handelsgerichtlichen Pfändungsbescheides vom 27. Jänner an den Executen in Verbindung mit der sofort auch bewerkstelligten Abnahme und der Transferirung der betreffenden Privilegiums-Verleihungsurkunde in die Gewahrsam des Vertreters des Gläubigers A und mit der Errichtung einer diese Acte und die genaue Bezeichnung des mit Pfand belegten Objectes darstellenden, dem Gerichte vorgelegten Relation jedenfalls unzweifelhaft als eine genügende, und, abgesehen von dem Zeitpunkte der Anmerkung im Register des Privilegienarchives, die Verwirklichung des bewilligten executiven Pfandrechtes bereits begründende Erwerbungsart zu betrachten, und nachdem diese Erwerbungsart zugegebener Maßen früher in's Werk gesetzt worden ist, als der von dem Recurrenten C erwirkte Pfändungsbescheid des L. G. vom 26. Jänner

zugestellt wurde und sonst zum Vollzuge gelangte, so stellte sich die Zuweisung des aus dem executiven Verkaufe des Privilegiums erzielten Meistgebotes an den A als gerechtfertigt dar.

---

## Nr. 4082.

### Voraussetzungen der Concurseröffnung: Zahlungseinstellung.

**Entsch. v. 7. März 1871, Nr. 2513 (Best. der gleichförmigen Decr. des H. G. Prag v. 15. Nov. 1870, Nr. 72114 und des O. L. G. Prag vom 28. Nov. 1870, Nr. 41336). G. Z. 1871, Nr. 37.**

Der Antrag des Fabrikanten A auf Eröffnung des Concurses über das Vermögen der Firma B & C und der Gesellschafter B und C war begründet: mit der Bescheinigung der Forderungen des A per 5657 fl.; mit dem notariellen Zeugniß, daß B und C die Zahlung, zu der sie aufgefordert wurden, nicht leisteten; mit der amtlichen Bestätigung, daß gegen sie Wechsel im Gesammtbetrage von 11.670 fl. eingeklagt und die Zahlungsauflagen erlassen worden sind; mit der Anführung, daß B und C durch die Erklärung, die Forderung des A nicht decken zu können, ihre Zahlungen eingestellt haben, daß sie sich in strafgerichtlicher Untersuchungshaft befinden und daß in ihrem Geschäftslocale von der Frau des B das Waarenlager verkauft werde. — Beide Untergerichte bewilligten die Concurseröffnung, das O. L. G. mit folgender Begründung: Nachdem A seine Forderungen glaubwürdig bescheinigt und deren Nichtzahlung durch ein notarielles Zeugniß dargethan hat und in jüngster Zeit Zahlungsaufträge über 11.670 fl. gegen B und C erlassen worden sind, so liegt der Beweis vor, daß dieselben ihre Zahlungen eingestellt haben, zumal eine Zahlungseinstellung im Sinne des §. 198 der C. O. und des Art. 29 der W. O. schon dann vorhanden ist, wenn der Schuldner seine Zahlungsverbindlichkeiten nicht erfüllt. Der Begriff der Zahlungseinstellung setzt daher nicht Insolvenz des Schuldners oder Unzulänglichkeit seines Vermögens, sondern eine Zahlungsunfähigkeit voraus, die bei sonst ausreichenden Vermögensobjecten, möglicher Weise nur in der momentanen Geschäftsstockung oder Handelskrisis ihre Grundlage haben kann. Da diese Zahlungseinstellung rechtlich erwiesen, demnach die Voraussetzung des §. 198 der C. O. vorhanden ist, so mußte über das Vermögen dieser Handelsgesellschaft und gemäß §. 199 ibid. auch der einzelnen Gesellschafter der Concurs eröffnet werden. In dem gegen diese Entscheidungen eingebrachten a. o. Recurse wurde bestritten, daß über die Zahlungseinstellungen „ausreichender Beweis", wie ihn der §. 198 der C. O. erfordere, in dem notariellen Amtszeugnisse erblickt werden könne; noch weniger liege ein solcher Beweis in den erlassenen wechselgerichtlichen Zahlungsaufträgen. Denn der §. 63 der C. O. fordere,

daß der Schuldner mit Executionen verfolgt werde, was hier nicht der Fall sei.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs, weil zufolge §. 198 C. O. der kaufmännische Concurs über das Vermögen eines Kaufmannes oder einer Handelsgesellschaft zu eröffnen ist, wenn das zuständige Gericht durch den mit ausreichenden Beweisen unterstützten Antrag eines Gläubigers, der eine glaubwürdig bescheinigte Forderung besitzt, von der erfolgten Zahlungseinstellung Kenntniß erlangt; in dem vorliegenden Falle der Fabrikant A dem Gerichte ausdrücklich anzeigte, daß die Handelsgesellschaft B & C ihre Zahlungen eingestellt habe; die in diesem Gesuche berufenen und amtlich bestätigten, gegen die genannte Handelsgesellschaft zur Zeit der Ueberreichung dieses Gesuches eingelangten mehreren Klagen bei einem Kaufmanne mit Grund auf die geschehene Zahlungseinstellung schließen lassen, daher als ausreichende Beweise für den gestellten Antrag anzusehen sind und A seine Forderung an die Firma B & C glaubwürdig bescheinigt hat.

---

## Nr. 4083.

### Verzögerung des Schiedsspruches durch einen Schiedsrichter: Rechtsmittel dagegen.

Entsch. v. 7. März 1871, Nr. 2575 (Best. des Decr. des O. L. G. Graz v. 11. Jänner 1871, Nr. 15937). G. H. 1871, S. 127.

Von den zwei Schiedsrichtern B und C, welche nebst einem Obmann die Entscheidung einer Streitsache übernommen hatten, war B mit der Abgabe seines Votums im Verzug. Auf die von der Proceßpartei A bei dem Gerichte erster Instanz deshalb geführte Beschwerde ließ sich dasselbe von dem Schiedsmanne C Bericht erstatten, und da C die Saumseligkeit des B bestätigte, wurde von dem Gerichte dem Letzteren mit Bezugnahme auf den §. 271 a. G. O., wornach derjenige, welcher das Amt eines Schiedsrichters auf sich genommen hat, „schuldig" ist, die Streitsache zu entscheiden, aufgetragen, binnen drei Wochen den Spruch zu fällen. Dagegen recurrirte B, indem er die Competenz des angerufenen Gerichtes zur Erlassung dieses Auftrages bestritt. — Das O. L. G. entschied, daß ein Auftrag an den säumigen Schiedsrichter nicht zu erlassen, sondern nur eine Abschrift des Berichtes des Schiedsmannes C der Beschwerde führenden Partei A zuzustellen sei, weil zwar nach §. 271 a. G. O. derjenige, welcher das Amt eines Schiedsrichters auf sich genommen, schuldig ist, die Streitsache zu entscheiden, und wenn diese Vorschrift nicht illusorisch ein soll, mit den gewöhnlichen gesetzlichen Zwangsmitteln hiezu muß angehalten werden können, zur Anwendung dieses Zwanges aber nicht

der ordentliche (Staats-) Richter erster Instanz berufen ist, dem kein Aufsichtsrecht über andere Gerichte, mithin auch nicht über ein Schiedsgericht zusteht, welches nach der Resolution vom 31. October 1785, J. G. S. Nr. 489 lit. qq, demselben nur coordinirt ist. Durch diesen Erlaß wurde die Partei bestimmt, nach eingetretener Rechtskraft desselben das O. L. G. unmittelbar um die Ertheilung des Auftrages an das Schiedsgericht zur Fällung des Urtheiles anzugehen. — Allein das O. L. G. gab diesem Gesuche keine Folge, weil das Institut des Schiedsgerichtes privatrechtlichen Charakter habe (§. 1391 a. b. G. B.), daher der nach §. 271 a. G. O. bestellte Schiedsrichter für die Unterlassung oder Verzögerung der Erfüllung des übernommenen Auftrages den Parteien gegenüber nur nach privatrechtlichen Grundsätzen verantwortlich sei.

Der gegen diese Verordnung ergriffene Recurs wurde von dem obersten Gerichtshofe in der Erwägung verworfen, daß das Compromiß als solches ein Vertrag, und daher keine executionsfähige Urkunde ist; daß derjenige, welcher das schiedsrichterliche Amt übernommen hat, nach §. 271 a. G. O. zwar verbunden ist, die Streitsache zu entscheiden, daß aber für die Geltendmachung des gegen den Schiedsrichter den Parteien zustehenden Rechtes die Gerichtsordnung eine besondere Bestimmung nicht enthält, weshalb dasselbe, da es aus einem Vertrage entspringt, gleich jedem anderen Privatrechte nur auf dem ordentlichen Rechtswege geltend gemacht werden kann, welcher daher dem Recurrenten gegen den die Erfüllung der übernommenen Pflicht ablehnenden oder verzögernden Schiedsmann B allein vorbehalten bleibt.

---

## Nr. 4084.

### Abtrennung einer Parcelle von einem belasteten Grundstück: Unterbrechung der Verjährung gegenüber dem Besitzer der Parcelle durch Leistung seitens des Besitzers des Hauptgutes.

**Entsch. v. 8. März 1871, Nr. 9958 (Best. des Urth. des B. G. Karolinenthal v. 31. Dec. 1869, Nr. 27955, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 26. April 1870, Nr. 14694). G. Z. 1872, Nr. 30.**

Auf dem Weingarten X, zu welchem auch Ackergründe gehörten, haftete ein Kirchenzins von jährlichen 5 Schock meißnisch = 2 fl. 45 kr. Der Eigenthümer C verkaufte im Jahre 1827 die zu dem Grundstücke gehörigen Gebäude den Eheleuten D, ohne ihnen die Zahlung des Kirchenzinses aufzutragen. Während des grundbücherlichen Besitzes der Letzteren kamen die Gebäude zur executiven Versteigerung. In dem derselben zum Grunde gelegten Grundbuchsextracte erschien im Passivstande kein Kirchenzins aufgeführt, in den Feilbietungsbedingnissen war dessen gleichfalls keine Erwähnung gemacht, ebensowenig in der Meist-

gebotsvertheilung. Bis 1860 hatte C als Besitzer der ihm verbliebenen Ackergründe den Kirchenzins entrichtet, — von da an nicht mehr, worauf B als Ersteher und grundbücherlicher Eigenthümer der Gebäude von dem Kirchenamte wegen Zahlung des Kirchenzinses für die Zeit von Galli 1860 bis Galli 1866 belangt wurde. B stellte mit Berufung auf den oben angeführten Sachverhalt in Abrede, einen Kirchenzins zu zahlen schuldig zu sein, und wendete ein, daß, wenn auch dem Kirchenamte ein Recht auf den Kirchenzins zugestanden wäre, das Forderungsrecht bezüglich des ein selbstständiges Reale bildenden Hauses durch Verjährung erloschen sei, weil gegen ihn, beziehungsweise das Haus, durch mehr als vierzig Jahre das Forderungsrecht nicht geltend gemacht wurde. — Das Gericht erster Instanz erkannte, daß B als Besitzer des von dem Weingarten X abgetrennten Hauses sammt Wirthschaftsgebäuden und Garten schuldig sei, den auf diesem Weingarten versicherten Kirchenzins für die Zeit von Galli 1864 bis Galli 1866 zu zahlen, mit folgender Begründung: Durch die von Seite des Gerichtes vorgenommene Einsicht der Grundbücher ward sichergestellt, daß dieser Weingarten gemäß Vertrages vom 18. März 1715 von der Gemeinderepräsentanz der Altstadt Prag dem E verkauft und Letzterem die Verpflichtung auferlegt wurde, zu Handen der Prosiker Kirche und der Kirche St. Martini in der Altstadt Prag 5 Schock meißnisch abzuführen; so überging dieser Weingarten an die Besitznachfolger und der Geklagte besitzt von diesem Weingarten die Wohn- und Wirthschaftsgebäude, während die Grundstücke für C bücherlich vorgeschrieben sind. Nach §. 457 a. b. G. B. sind daher beide Realitäten für diesen Kirchenzins verpfändet und es kann der Berechtigte von beiden Besitzern Zahlung verlangen. Der Umstand, daß in der Vertheilung des Meistgebotes für diese Realität dem geklagten B die Zahlung dieses Zinses nicht aufgetragen worden ist, ist im vorliegenden Falle unentscheidend, weil dieser Kirchenzins noch immer haftet, die Löschung desselben nicht erwirkt wurde und es Sache des executiven Erstehers war, dafür zu sorgen, daß der Kirchenzins auf Abschlag des Meistgebotes zur Zahlung angewiesen werde. Ebenso ist die Einwendung, daß das Zinsenbezugsrecht im Allgemeinen verjährt sei, unbegründet, weil der Geklagte selbst eingesteht, daß dieser Zins bis Galli 1860 vom Besitzer der abgetrennten Grundstücke C gezahlt wurde, beide Realitäten aber rücksichtlich dieses verpfändeten Zinses als Eine zu betrachten sind. Wohl aber ist die Einwendung, daß der eingeklagte Kirchenzins für die Zeit von Galli 1860 bis Galli 1864 verjährt sei, gegründet, da dergleichen rückständige Zinsen nach §. 1480 a. b. G. B. ausnahmslos binnen drei Jahren verjähren. — Gegen dieses Urtheil haben beide Theile die Appellation eingebracht. Das Kirchenamt führte an, daß der eingeklagte Kirchenzins von Galli 1860 bis Galli 1864 nicht verjährt sei, weil §. 1472 bestimmt, daß gegen den Fiscus, ferner gegen die Verwalter der Güter der Kirchen, in so weit die Verjährung Platz greift, die gemeine ordentliche Ersitzungs-

zeit nicht zureiche, sondern eine doppelte, nämlich jene von sechs Jahren erforderlich sei. B dagegen führte aus, daß er als executiver Ersteher nur für das Meistgebot hafte und aus demselben nur dasjenige zu zahlen verpflichtet werde, was ihm der Richter zur Zahlung anweiset; ihm sei aber die Zahlung eines Kirchenzinses nicht zugewiesen worden; der beigebrachte, zur Grundlage der executiven Feilbietung dienende Grundbuchsextract, der doch als eine öffentliche Urkunde vollen Glauben besitze, weise nach, daß das Haus sammt Zugehör mit keinem Kirchenzinse belastet sei. Ferner seien durch den in aller gesetzlichen Form vollzogenen Verkauf des Hauses zwei selbstständige Realitäten entstanden, daher die Behauptung, daß sowohl das Haus als auch die Gründe rücksichtlich des Kirchenzinses als Eins zu betrachten wären, unrichtig sei. Es sei endlich sichergestellt, daß durch einen Zeitraum von mehr als vierzig Jahren von dem Besitzer des selbstständig gewordenen Hauses ein solcher Zins nicht in Anspruch genommen und auch nie gezahlt wurde. Wenn die Ansicht des Unterrichters richtig wäre, würde in alle Ewigkeit die Verjährung in Bezug auf das Haus nicht eintreten können, was in keinem Gesetze gegründet wäre und der Absicht des Gesetzes nicht entsprechen würde. — Das O. L. G. hat das Kirchenamt vollständig abgewiesen, indem es annahm, daß die Verjährung des Forderungsrechtes bezüglich des Hauses eingetreten sei.

Auf dessen Revisionsbeschwerde bestätigte der oberste Gerichtshof das erstgerichtliche Urtheil. Gründe: Es ist erwiesen, daß der Kirchenzins seit dem Jahre 1715 auf dem Weingarten haftete und noch haftet; der Geklagte hat eingestanden, daß er das Haus im Executionswege gekauft habe; nach dem §. 7 der Feilbietungsbedingnisse ist der Ersteher verpflichtet, vom Erstehungstage alle Steuern, Lasten und sonstigen Giebigkeiten zu zahlen und zu leisten; nach §. 457 a. b. G. B. erstreckt sich das Pfandrecht auf alle Theile des Pfandobjectes und der Kirchenzins ist bis jetzt thatsächlich bei dem ganzen, sowohl für C als auch für B vorgeschriebenen Weingarten grundbücherlich ausgezeichnet. Das wesentliche Erforderniß der Verjährung ist nach §. 1479 a. b. G. B. der Nichtgebrauch des verjährbaren Rechtes; dieses Erforderniß ist aber nicht vorhanden, wenn in Betracht gezogen wird, daß der Kirchenzins bis Galli 1860 von dem Besitzer der abgetrennten Gründe entrichtet wurde, das Kirchenamt daher, so lange die Zahlung von dieser Seite stattfand, keinen Anlaß hatte, dieselbe auch von dem Besitzer des Hauses als des zweiten Bestandtheiles der Hypothek zu verlangen. Hat nun die Kirchencasse den Zins bis zum obgedachten Zeitpunkte wirklich bezogen, somit das Forderungsrecht, nicht außer Acht gelassen, so wurde dadurch, daß sie die Zahlung blos von dem Besitzer des einen Theiles des Pfandgutes annahm, selbe an ihrem Rechte gegen den Besitzer des anderen Theiles nach §. 1482 nicht beschränkt; die Beschränkung mußte durch Erwerbung oder Ersitzung des Untersagungs- oder Hinderungsrechtes bewirkt werden, was nicht nachgewiesen wurde; von der Verjährung des Forderungsrechtes kann sonach keine Rede sein.

---

## Nr. 4085.

### Klage auf Zurückstellung des Pachtgutes: Beweislast bezüglich der Existenz des Pachtverhältnisses.

**Entsch. v. 8. März 1871, Nr. 11982 (Best. des Urth. des L. G. Krakau v. 12. Juli 1869, Nr. 10375, Abänd. des Urth. des O. L. G. Krakau vom 8. März 1870, Nr. 19138). G. Z. 1872, Nr. 7.**

In der von A gegen B angestellten Klage wurde angeführt, daß der Kläger sein Grundstück X dem Beklagten bis zum 24. April 1857 verpachtet habe, und das Begehren gestellt, daß B 1. zur Restitution des Grundstückes und 2. zur Zahlung jährlicher 17 fl. (worauf der vertragsmäßige Pachtzins sich belief) bis zur Zurückstellung der Pachtsache verurtheilt werde. — Das Gericht erster Instanz machte die Zulassung des Klagebegehrens von dem Beweise der Schließung des Pachtvertrages abhängig, welchen der Kläger durch die Delation des Haupteides angeboten hatte. — Das O. L. G. verurtheilte den Beklagten zur Restitution der Pachtsache unbedingt, und zu der im zweiten Punkte begehrten Zahlung unter der Bedingung des durch den Haupteid erbrachten Beweises, daß derselbe für die Benutzung des Grundstückes die Zahlung von 17 fl. als jährlichen Pachtzins versprochen habe. In den Motiven wurde bemerkt, daß der vom Gerichte erster Instanz zugelassene Beweis durch den Haupteid über das Pachtverhältniß überflüssig sei, weil in dem Falle, als kein Pachtverhältniß bestand, der Belangte gar keinen Titel zum Besitze des streitigen Grundes und Hauses hat, und daher um so mehr dem Eigenthümer weichen muß, wenn aber der Pachtvertrag wirklich bestand, derselbe durch die seit 1857 unterbliebene Zahlung des Pachtzinses nach 1118 a. b. G. B. aufgelöst ist; daß aber bezüglich der vom Kläger angesprochenen Zahlung des bedungenen Pachtzinses der zugelassene Haupteid entscheidend sei.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz mit folgender Begründung: Der Beklagte hat das Bestehen des in der Klage angeführten Pachtvertrages geleugnet. Es muß daher der Kläger hierüber gemäß §. 170 westg. G. O. den Beweis der Wahrheit führen. In richtiger Würdigung dieser Sachlage hat das Gericht erster Instanz mit Recht den Ausgang des Processes sowohl bezüglich der geforderten Räumung des Pachtgutes, als auch bezüglich der Zahlung der bereits fälligen und fällig werdenden Pachtzinsraten von dem Erfolge des in der Klage angebotenen Beweises durch den referiblen Haupteid abhängig gemacht.

## Nr. 4086.

### Gerichtliche Verständigung des beklagten Schuldners von der Cession seiner Schuld.

**Entsch. v. 8. März 1871, Nr. 2664 (Best. des Decr. des B. G. der innern Stadt Wien v. 26. Nov. 1870, Nr. 43333, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 11. Jänner 1871, Nr. 222). Zeitschr. f. d. Notariat 1871, Nr. 15.**

Unter Vorlage der schriftlichen Cession, mit welcher C seinem Rechtsfreunde Dr. A für seine Mühewaltung zehn Percent von der Geldsumme abtrat, zu deren Zahlung die Actiengesellschaft B auf die von Dr. A für C angestellte Klage verurtheilt werden würde, begehrte A, daß die genannte Actiengesellschaft mittelst Zustellung des Duplicates seiner Eingabe von dieser Cession verständigt werde. — Von dem Gerichte erster Instanz wurde die begehrte Zustellung angeordnet. — Das O. L. G. wies die Eingabe des A als gerichtsordnungswidrig zurück, weil der Richter nicht berufen sei, die Vermittlung von in der Gerichtsordnung nicht begründeten Verständigungen zu besorgen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid, weil, wenn auch das Gericht bei dem Bestehen des zu derlei Verständigungen vorzugsweise berufenen Notariates dazu nicht angehalten werden konnte, doch darin, daß es dieselbe verfügt hat, weder ein gerichtsordnungswidriger noch sonst nichtiger Vorgang erblickt werden kann, indem die Actiengesellschaft durch diese von dem Gerichte besorgte Verständigung so wenig, als wenn sie durch einen k. k. Notar geschehen wäre, behindert ist, ihre etwaigen Rechte geltend zu machen.

---

## Nr. 4087.

### Beweis der unehelichen Vaterschaft: Klage eines unehelichen Kindes gegen die Erben auf Versorgung. Unzulässigkeit des Haupteides über Umstände, von welchen sich der Delat keine Ueberzeugung verschaffen konnte; Voraussetzung der Zulassung des irreferiblen Haupteides.

**Entsch. v. 9. März 1871, Nr. 15022 (Best. des das Urth. des B. G. Marburg v. 19. Dec. 1867, Nr. 4938, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 28. April 1869, Nr. 3827). G. H. 1871, S. 198.**

Die Klage der A und ihrer dreißigjährigen unehelichen Tochter C gegen die B als Erbin des verstorbenen M und als Vormünderin ihrer mit M erzeugten Kinder und gegen deren Mitvormund D wegen Zahlung eines Versorgungsbetrages von 500 fl. für die C war auf die Anführung gegründet, daß M der Vater der Letzteren gewesen sei. Den Beweis dieser von den Beklagten widersprochenen Thatsache er-

boten sich die Klägerinnen durch Zeugen zu führen, vor welchen M die C wiederholt als seine uneheliche Tochter erklärt habe; eventuell deferirten sie der B und dem Mitvormund den rückschiebbaren Haupteid über den fleischlichen Verkehr des M mit der A während der kritischen Zeit und der B den unrückschiebbaren Haupteid darüber, daß ihr M auf ihr Befragen erklärt habe, der Vater der C zu sein. Die Beklagten bestritten, daß durch die Zeugen der Beweis des außergerichtlichen Geständnisses im Sinne des §. 110 a. G. O. hergestellt werden könne, erklärten, daß der über den Beischlaf aufgetragene Haupteid weder dem im fremden Namen Proceß führenden Mitvormund D noch der Witwe B, die von der zu beschwörenden Thatsache keine Kenntniß habe und auch nicht erlangen konnte, aufgetragen werden könne, und protestirten gegen den der B unrückschiebbar aufgetragenen Haupteid über die Mittheilung der Vaterschaft von Seite des M, wegen Mangels der gesetzlichen Erfordernisse der Zulässigkeit dieses irreferiblen Eides. — Nach der Aufnahme des Zeugenbeweises, der ein unzulängliches Ergebniß hatte, erkannte das Gericht erster Instanz auf die beiden Haupteide. — Das O. L. G. hingegen wies die Klägerinnen unbedingt ab.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: Das außergerichtliche Geständniß des M vor den von den Klägerinnen angeführten Zeugen wäre allerdings entscheidend, weil in der Erklärung des M, daß er der Vater der C sei, offenbar zugleich das Geständniß läge, der Mutter des Kindes innerhalb der kritischen Zeit beigewohnt zu haben. Allein nur Ein Zeuge bestätigte die Ablegung dieses Geständnisses und selbst nach dieser Aussage würde dem Geständnisse das wesentliche Merkmal, daß es bestimmt und ernstlich gemacht wurde, abgehen, weil derselbe Zeuge beifügte, daß er den M mehr, um ihn zu necken, wegen der Vaterschaft befragt, und daß M, als er in Heiratsumständen (vor seiner Ehe mit der B) war, wieder das Gegentheil, nämlich nicht der Vater der C zu sein, erklärt habe. — Was den über die Beiwohnung rückschiebbar aufgetragenen Haupteid anbetrifft, so können im Sinne der Civilproceßordnung Thatsachen, von deren Eintreten oder Nichteintreten der Delat sich zu überzeugen offenbar außer Stand war, nicht Gegenstand einer zuläßigen Eidesauftragung sein, weil in solchem Falle der Eid kein Mittel wäre, dem Richter über die Thatsache eine Ueberzeugung zu verschaffen. Nun wurde von den Klägerinnen kein Umstand angeführt, woraus sich auch nur entfernt ergeben würde, daß die B von der mehr als dreißig Jahre zurückreichenden Beiwohnung eine Kenntniß habe, und die Klägerinnen haben selbst bemerkt, daß M vor vier Jahren noch Witwer war und die B erst nach dieser Zeit heiratete. — Ebenso unstatthaft ist auch der irreferible Haupteid, welcher der B über das ihr abgelegte Geständniß des M in Betreff der Vaterschaft aufgetragen wurde. Denn es unterliegt keinem Zweifel, daß für die Zulässigkeit eines irreferiblen Haupteides, welche der Richter gemäß Hofdcr. vom

26. April 1842, J. G. S. Nr. 610, nach der Beschaffenheit der Umstände zu prüfen hat, ein wesentliches Erforderniß dann vorhanden sei, wenn der Deferent in Betreff der Beweisführung einer Begünstigung würdig ist, also vornehmlich in den Fällen, wo es ihm ohne sein Verschulden unmöglich war, sich einen anderen genügenden Beweis zu verschaffen. Dies trifft aber bei den Klägerinnen nicht ein; denn obgleich die Mitklägerin C schon vor zehn Jahren großjährig war und beide Klägerinnen fortwährend in der Nähe des Wohnortes des M sich aufhielten, haben sie durch mehr als dreißig Jahre, bis zu dessen Tode, die gerichtliche Verfolgung ihrer Ansprüche aufgeschoben, während es ihnen bei Lebzeit des M leicht gewesen wäre, durch den ihm aufgetragenen Hauptеid ein Beweismittel für die Beiwohnung sich zu verschaffen.

---

## Nr. 4088.

### Pfandrecht an einer ideell getheilten Sache: Berechtigung des Pfandgläubigers zur theilweisen Verzichtleistung auf das Pfandrecht.

**Entsch. v. 14. März 1871, Nr. 2680 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Graz v. 30. Sept. 1870, Nr. 19407 und des O. L. G. Graz vom 14. Dec. 1870, Nr. 14993). G. Z. 1871, Nr. 91.**

A, welchem die Sparcasse in Graz ihre auf dem Hause X intabulirte Forderung von 1386 fl. cedirt hatte, begehrte die grundbücherliche Eintragung der Cession und zugleich auf Grund der von ihm ausgestellten Löschungsbewilligung die Löschung der cedirten Forderung bei den damals in dem Grundbuch für C als Eigenthum ausgezeichneten $^{7}/_{12}$ des Hauses X. Seinem Gesuche wurde in erster Instanz stattgegeben. Zur Zeit seines Einschreitens waren die grundbücherlichen Hauseigenthümer: der genannte C zu $^{7}/_{12}$ und D zu $^{5}/_{12}$; allein noch vor der Ueberreichung des Gesuches hatten die Eheleute B, als Ersteher der im Executionswege versteigerten $^{7}/_{12}$ des C und als Käufer der $^{5}/_{12}$ des D die Pränotation ihres Eigenthumes an dem ganzen Hause erwirkt. Von der gerichtlichen Bewilligung des Gesuches des A verständigt, ergriffen nun die Eheleute B gegen die Bewilligung der Löschung der dem A cedirten Sparcasseforderung bei den $^{7}/_{12}$ des C den Appellationsrecurs, worin sie Folgendes anführten: Auf den $^{7}/_{12}$ des Hauses ist nach dem Sparcassecapital ein Capital von 1500 fl. für A intabulirt. Als nun A einsah, daß das Meistgebot von 3755 fl., um welches die Recurrenten die $^{7}/_{12}$ erstanden hatten, zur vollständigen Zahlung seines Capitals von 1500 fl. nicht ausreichte, löste er durch die Cession das vorangehende Sparcassecapital ein, und erwirkte bei den $^{7}/_{12}$ die Löschung dieses Capitals, so daß

nun A's Forderung von 1500 fl. mit dem Meistgebot auf die $^7/_{12}$ und anderseits das ihm cedirte Sparcassecapital mit dem Werthe der übrigen $^5/_{12}$ des Hauses, bei denen dasselbe intabulirt blieb, vollständig gedeckt ist, zum großen Nachtheil der Recurrenten, welche diese $^5/_{12}$ mit Uebernahme der darauf entfallenden Antheile von den Passiven des ganzen Hauses und Barzahlung des nach deren Abrechnung verbliebenen Kaufschillingsrestes von D gekauft haben. Nach der Meinung der Recurrenten war daher das Begehren des A um Löschung des Sparcassecapitals nur bei $^7/_{12}$ des Hauses nicht zulässig, indem das Pfandrecht dafür an dem ganzen Hause haftete und es nicht in seinem Belieben stehen konnte, es nur von einem bestimmten Theile desselben aufzulassen. — Der Recurs wurde vom O. L. G. in der Erwägung abgewiesen, daß das dem A cedirte Sparcassecapital auf dem ganzen Hause X haftet, als dessen Eigenthümer C zu $^7/_{12}$, D zu $^5/_{12}$ eingetragen sind; daß nach §. 457 a. b. G. B. das Pfandrecht auf alle zum freien Eigenthum des Verpfänders gehörigen Theile sich erstreckt uud dem Gläubiger der Verzicht auf das Pfandrecht an bestimmten Antheilen der Pfandsache unbenommen bleiben muß, wenn — wie im vorliegenden Fall — dieselbe zu gewissen Antheilen auf mehrere Eigenthümer vergewährt ist, und daß dieses Befugniß des Gläubigers A durch die Erwerbung der $^7/_{12}$ im Versteigerungswege und der $^5/_{12}$ mittelst Privatkauf von Seite der Recurrenten B so lange nicht beirrt werden kann, als die Vereinigung aller Haupttheile in der Person eines und desselben Eigenthümers aus dem öffentlichen Buche nicht ersichtlich ist.

Mit Bezugnahme auf die obergerichtliche Begründung verwarf der oberste Gerichtshof den a. o. Recurs der Eheleute B.

---

## Nr. 4089.

### Competenz und Verfahren für Klagen auf Erfüllung der Nebenbestimmungen eines Bestandvertrages.

**Entsch. v. 14. März 1871, Nr. 2719 (Best. des Decr. des B. G. der innern Stadt Wien v. 8. Jänner 1871, Nr. 717, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 3. Februar 1871, Nr. 1766). G. Z. 1871, Nr. 47.**

B hatte von A um den jährlichen Zins von 6000 fl. eine Wohnung gemiethet und in dem schriftlichen Miethvertrage sich verpflichtet, die Kosten der von ihm etwa gewünschten Aenderungen der Einrichtung der Wohnung, speciell der Herstellung neuer Zwischenwände und der Einmauerung von Schränken dem A zu ersetzen. Dieser belangte nun den B wegen Zahlung von 1800 fl. für Herstellungen der erwähnten Art bei dem städt.-deleg. B. G. der belegenen Sache,

welches die Klage annahm und das im §. 12 der kaiserl. Verordnung vom 16. Nov. 1858, R. G. Bl. Nr. 213 (Bestandstreitigkeiten), bezeichnete Verfahren einleitete. — Von dem O. L. G. wurde die Klage wegen Incompetenz des angerufenen Gerichtes zurückgewiesen, weil es sich nach ihrem Inhalt um keine unmittelbar-aus dem Bestandvertrage entsprungene Streitigkeit handelt, da das Klagebegehren nicht auf Erfüllung oder Aufhebung des Bestandvertrages, sondern auf Ersatzleistung lautet, daher das B. G., da im vorliegenden Falle die Anwendung des in der kaiserl. Verordnung vom 16. Nov. 1858, R. G. Bl. Nr. 213, normirten Verfahrens nicht platzgreift und der Klagebetrag die Summe von 500 fl. übersteigt, zur Annahme und Erledigung der Klage nicht competent ist. (§. 15 J. N.) — Gegen diese Entscheidung ergriff der Kläger den Revisionsrecurs, in welchem er vorbrachte: Die vorliegende Klage bezweckt allerdings, die (partielle) Erfüllung des darin bezogenen Bestandvertrages zu erzwingen. Denn nicht die Bezeichnung der Bestandstücke und des Zinses bildet den alleinigen Inhalt des Vertrages, auch jene Nebenbestimmungen sind ein integrirender Bestandtheil desselben, welche die Art und Weise und die Bedingungen normiren, unter welchen die Uebernahme und Benützung oder die Zahlung des Entgeltes hiefür zu erfolgen hat. Das bürgerliche Gesetzbuch selbst hat in dem Hauptstücke von den Bestandverträgen ausführliche und detaillirte Anordnungen darüber getroffen, welche Kosten und welchen Aufwand für Ausbesserung, Herstellung und Instandhaltung des vermietheten Gegenstandes der Miether oder Vermiether zu tragen hat. Es ist die uralte Unterscheidung des essentiale, naturale und accidentale negotii. Was das a. b. G. B. als naturale negotii aufgestellt hat, wurde in dem §. 5 des Bestandvertrages der Klage theilweise abgeändert und dadurch in ein accidentale umgewandelt. Hiedurch ist aber die Verabredung aus dem Rahmen des Bestandvertrages nicht ausgeschieden worden. In der Klage wird nicht ein Schadenersatz begehrt, sondern der in ihr gestellte Anspruch steht einzig und allein auf dem Boden des Vertrages. Wäre aber auch die Ansicht, daß die Klage zu den Klagen auf Erfüllung des Vertrages nicht zu rechnen sei, richtig, so ist doch die daraus gezogene Folgerung unrichtig. Nach einem alten Rechtsgrundsatze haben die aus Anlaß der Nichterfüllung eines obligatorischen Vertrages entstandenen Ansprüche ihren Titel im Vertrage und sind zu den Schadenersatzansprüchen nach dem Gesetze nicht zu rechnen. Wenn der Miether seine übernommenen Verpflichtungen nicht erfüllt, so gründen sich alle dem Vermiether zustehenden Klagerechte, mögen sie nun Erfüllung oder den Ersatz des Aequivalentes der Erfüllung intendiren, doch einzig und allein auf den Vertrag. Die kaiserl. Verordnung vom 16. Nov. 1858, R. G. Bl. Nr. 213, beschränkt das dort normirte Verfahren keineswegs auf „unmittelbar" aus Bestandverträgen entsprungene Klagerechte und insbesondere auf Kla-

gen wegen Erfüllung und Aufhebung von Bestandverträgen, vielmehr unterwirft sie demselben „alle Streitigkeiten aus Bestandverträgen". (§. 1 und 12 dieser Verordnung und §. 15 lit. c des J. N.) Auch der Geist des Gesetzes spricht hiefür. Denn wenn das B. G. über die Entstehung, über den Bestand, über die Auflösung, kurz über die Existenz des Vertrages zu urtheilen berufen ist, so wäre es unverständlich, daß ihm die Entscheidung der nebensächlichen Streitfragen entzogen sein soll. Es entspricht endlich auch mehr der Natur der Sache, wenn einem gewissen Causalgerichtsstande alle der betreffenden causa angehörenden Streitfälle zugewiesen werden, ohne daß es erst einer scharfen theoretisch-begrifflichen Ueberlegung unterzogen werden muß, ob denn ein gewisser Streitfall auch wirklich unmittelbar dem Vertrage entspringe oder nicht.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstrichterlichen Bescheid, weil die Bestimmungen in Betreff der Tragung der Kosten der Herstellung eines Bestandobjectes in den zum beabsichtigten Gebrauche geeigneten Stand einen integrirenden Theil des Bestandvertrages bilden, und entweder durch besondere Abmachung, oder wo diese mangelt, durch das Gesetz geregelt werden; weil der vom Kläger erhobene Anspruch sich auf ein in vorgedachter Beziehung durch den geschlossenen Bestandvertrag geschaffenes Rechtsverhältniß stützt; weil nach §. 15 der J. N. lit. e in allen Streitigkeiten zwischen Miether und Vermiether aus dem Miethverhältnisse über Wohnungen und andere Räume die städt.-deleg. B. G. competent sind, und nach den §§. 1 und 12 der kaiserl. Verordnung vom 16. November 1858, Nr. 213, alle Streitigkeiten aus Bestandverträgen ohne weitere Unterscheidung vor dem B. G. der belegenen Sache nach dem Summarverfahren auszutragen sind, demnach für das städt.-deleg. B. G. kein Anlaß zur Ablehnung seiner Gerichtsbarkeit in der Sache als vorhanden angenommen werden konnte.

---

## Nr. 4090.

### Einbeziehung widerrechtlich verpfändeter, vom Strafrichter abgenommener Sachen in die Concursmasse.

**Entsch. v. 14. März 1871, Nr. 2816 (Best. der gleichförmigen Decr. des K. G. Sombor v. 6. Sept. 1870, Nr. 8785 und des O. L. G. Lemberg v. 2. Nov. 1870, Nr. 32129). G. H. 1871, S. 113.**

Nachdem über das Vermögen des B der Concurs eröffnet und gegen ihn zugleich die strafgerichtliche Untersuchung wegen des Verbrechens des Betruges eingeleitet worden war, stellte der Untersuchungsrichter einige von dem Cridar erst am Tage der Concurseröffnung mehreren Gläubigern als Pfand übergebene, im strafgerichtlichen Ver-

fahren denselben abgenommene Waaren dem Concursgerichte zur Verfügung, welches in Erwägung, daß diese Waaren zur Concursmasse gehören, dem Concursmasseverwalter auftrug, sie in seine Verwaltung zu übernehmen. — Das O. L. G. bestätigte diese von den erwähnten Gläubigern angefochtene Verfügung aus folgenden Gründen: Der Strafrichter wäre nur dann berechtigt gewesen, die Waaren den Recurrenten zurückzustellen, wenn er die Ueberzeugung gewonnen hätte, daß sie auf eine giltige Art das Eigenthum oder ein Pfandrecht daran erworben haben (§. 354 Str. P. O. v. 1853 entsprechend dem §. 368 Str. P. O. v. 1873), welcher Fall hier aber nicht eintritt, da aus der strafgerichtlichen Untersuchung erhellt, daß sie diese Waaren erst am Tage der Concurseröffnung, mithin auf eine gesetzlich verbotene und ungiltige Art zum Pfande empfangen haben (§. 3 C. O.). Aus demselben Grunde konnte das Concursgericht die Waaren nur dem Verwalter der Concursmasse übergeben, zumal sie jedenfalls in das Inventar aufgenommen werden müssen (§. 92 C. O.), — was jedoch die Recurrenten nicht verhindert, ihre Ansprüche auf dem geeigneten Wege geltend zu machen. — Die Gläubiger ergriffen den a. o. Revisionsrecurs, worin sie behaupteten, daß das Concursgericht durch den im Wege des Verfahrens außer Streitsachen gefällten Ausspruch, daß die Waaren zur Concursmasse gehören und dem Verwalter der Masse zu übergeben seien, die Grenzen seines Wirkungskreises überschritten habe, weil die Frage: ob die Recurrenten einen rechtlichen Titel für ihren Besitz haben, nur im Proceßwege entschieden werden könne. Dieser Weg sei von dem Concursmasseverwalter zu betreten, die Sachen aber den Recurrenten, in deren Besitz sie gefunden worden, zurückzustellen.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs. Gründe: Das Concursgericht konnte füglich die Waaren nur dem Verwalter der Concursmasse überlassen (§. 76 C. O.). Der zugleich von Seite des Concursgerichtes erfolgte Ausspruch, daß es die Waaren als zur Concursmasse gehörig betrachte, kann nicht für ungerechtfertigt erklärt werden, da die Recurrenten selbst nicht bestreiten, die Waaren erst am Tage der Concurseröffnung empfangen zu haben, mithin dieselben zur Zeit des Anfangs der Rechtswirkungen der Concurseröffnung (§. 2 C. O.) noch von dem Cridar besessen waren, daher als Concursvermögen zu inventarisiren oder mindestens als ein zweifelhaftes Gut der Masse in das Inventar aufzunehmen und dabei die darauf gemachten Ansprüche anzumerken sind (§§. 86 und 92 C. O.). Zudem ist in jenem Ausspruche des Concursgerichtes noch keine Entscheidung über die vermeintlichen Rechte der Recurrenten enthalten, denen es vielmehr unbenommen bleibt, ihre Ansprüche auf dem geeigneten Wege geltend zu machen, worin sie durch die Verfügung des Concursrichters durchaus nicht behindert sind.

---

## Nr. 4091.

### Sicherstellung im Executionsproceß: Zulässigkeit der Schätzung der gepfändeten Liegenschaft.

**Entsch. v. 14. März 1871, Nr. 2956 (Best. des Decr. des B. G. Marburg v. 18. Nov. 1870, Nr. 19777, Abänd. des Decr. des O. L. G. Graz vom 11. Jänner 1871, Nr. 15728). G. H. 1871, S. 132.**

Nachdem die A in ihrem Executionsprocesse gegen die Verlassenschaft des M pcto. Zahlung des von M ihr ausgesetzten Geldlegates zur Sicherstellung dieser Forderung die Intabulation auf einer Nachlaßrealität und die Pfändung einer Verlassenschaftsforderung erwirkt hatte, begehrte sie im Verlaufe des Processes die Schätzung der erwähnten Liegenschaft, welche in erster Instanz bewilligt, vom O. L. G. jedoch verweigert wurde, weil die von der A zur einstweiligen Sicherstellung verlangte Execution nach §. 4 der Justizministerialverordnung vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, nur auf die Pfändung und Schätzung beweglicher und auf die Sequestration unbeweglicher Sachen sich erstrecken könne und, nachdem die A diese Sicherstellung durch executive Einverleibung bei einer Liegenschaft und Pfändung einer Forderung bereits erlangt hat, die Fortsetzung dieser Execution durch executive Schätzung der Liegenschaft dem Zwecke der mittlerweiligen Sicherstellung, als einer nur provisorischen Vorkehrung bis zur Proceßentscheidung, widerstreiten und mit den gesetzlichen Bedingungen des eigentlichen Executionsverfahrens collidiren würde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid mit der Motivirung, daß nach den §§. 4 und 12 der Justizministerialverordnung vom 18. Juli 1859, Nr. 130, die Execution zur Sicherstellung, auch wenn sie nur als eine provisorische Vorkehrung bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Hauptprocesses angesucht und für zuläßig erklärt wird, durch Pfändung und Schätzung oder Sequestration der gepfändeten beweglichen und unbeweglichen Sachen geführt werden kann, daß diese verschiedenen Executionen auch gleichzeitig und selbst dann unternommen werden können, wenn für die eingeklagte Forderung schon früher ein Pfand bestellt war und daß diesfalls zwischen Mobilien und Immobilien kein Unterschied gemacht ist.

---

## Nr. 4092.

### Collision von Erbserklärungen: Vertheilung der Parteirollen im Falle eines bestrittenen Erbverzichtes.

**Entsch. v. 14. März 1871, Nr. 2957 (Best. des das Decr. des B. G. Judenburg v. 10. Nov. 1870, Nr. 3201, abänd. Decr. des O. L. G. Graz vom 29. Dec. 1870, Nr. 15680). G. Z. 1871, Nr. 60. G. H. 1871, S. 135.**

Nach dem Tode der ohne Testament gestorbenen, kinderlosen und von ihrem Ehemanne A geschiedenen M erklärten sich ex lege als

Erben 1. ihre nächsten Seitenverwandten B zum ganzen Nachlaß und 2. der Witwer A zu einem Viertel der Verlassenschaft. In der Verhandlung der Frage, wer bei dieser Collision als Erbrechtskläger aufzutreten habe, behaupteten die Verwandten B, daß A in dem auf die Ehescheidungsklage gerichtlich geschlossenen Vergleiche auf das Erbrecht verzichtet habe, was A bestritt. Der citirte Vergleich enthält die einverständliche Scheidung, die Ueberlassung des aus der Gütergemeinschaft laut Ehepacte der M zugekommenen Vermögens an A für 10.000 fl., die derselbe auf seinem Hause sicherstellt, den wechselseitigen Verzicht beider Gatten auf jedweden Anspruch aus der bis nun gemeinschaftlich geführten Haushaltung und auch, für die Zukunft, auf jeden Anspruch von Unterhalt oder anderen Leistungen und Bezügen, sowohl bei Lebzeit wie im Todesfalle. — In Erwägung, daß A, um sein Erbrecht geltend zu machen, darthun müsse, daß sein im Ehescheidungsvergleiche erklärter Verzicht auf Unterhalt u. s. w. sowohl bei Lebzeit als im Todesfalle einen Erbrechtsverzicht von seiner Seite nicht einschließt; daß mithin sein Erbrechtstitel den andern gesetzlichen Erben gegenüber schwächer sei, hat das Gericht erster Instanz mit Berufung auf die §§. 125 und 126 des kaiserl. Patents vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, die Klägerrolle dem A zugewiesen. — In Erwägung, daß die Erbserklärungen des A und der Verwandten B, weil sämmtlich auf dem Gesetz, also auf demselben Rechtstitel beruhend, mit einander nicht collidiren, daher die Bestimmungen der §§. 125 und 126 des citirten Patents hier keine Anwendung haben; daß aber von den Verwandten B behauptet wurde, es sei das auf §. 758 a. b. G. B. gegründete Erbrecht des A durch seinen angeblichen Verzicht im Ehescheidungsvergleiche erloschen, was dieser bestritt; daß bei diesem Verhältnisse der Beweis des Verzichts den denselben behauptenden Verwandten obliegt und die Frage nach dem Verzichte im Rechtswege entschieden werden muß, hat das O. L. G. nach §. 2, Nr. 7 des citirten Patents die Verwandten B angewiesen, die Klage gegen A zur Bestreitung seines gesetzlichen Erbrechts anzubringen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung der zweiten Instanz, weil der Behauptung der Erbsprätendenten B, daß der Vergleich den Erbverzicht des A enthalte, von diesem widersprochen wurde, folglich nach den Grundsätzen über die Beweisführung nur den Ersteren obliegen kann, ihre Behauptung zu beweisen.

---

## Nr. 4093.

### Oppositionsklage eines wegen unterbliebener Einwendung rechtskräftig verurtheilten Acceptanten auf Grund eines die Fälschung des Acceptes durch einen Dritten constatirenden Strafurtheiles.

Entsch. v. 15. März 1871, Nr. 7046 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des L. G. Brünn v. 2. Nov. 1869, Nr. 14853 und des O. L. G. Brünn v. 9. März 1870, Nr. 1378). G. H. 1871, S. 145.

Gegen die Klage des B als Wechselindossatar pcto. Zahlung einer Wechselforderung per 280 fl. erhob der beklagte Acceptant A keine Einwendung; er ließ auch die gerichtliche Zahlungsauflage, so wie die nach dem Tode des Klägers von dessen Erben zur Hereinbringung der Forderung erwirkten Executionsbescheide unangefochten und beschränkte sich darauf, gegen den Wechselaussteller C wegen Fälschung des Acceptes die Anzeige bei dem Strafgerichte zu machen, welches gegen C die Untersuchung einleitete und ihn durch Urtheil des Verbrechens des Betruges für schuldig und das auf den Wechsel gesetzte Accept des A als rechtsunwirksam erklärte. Auf Grund dessen belangte A die Erben des Wechselgläubigers B und begehrte das Erkenntniß, daß ihr Executionsrecht in Betreff der Wechselforderung per 280 fl. durch das der Zahlungsauflage nachgefolgte, rechtskräftige Urtheil des Strafgerichtes vollständig erloschen und daß die Beklagten schuldig seien, die grundbücherliche Löschung der auf der Liegenschaft des Klägers intabulirten Wechselforderung zu gestatten. — Von beiden Untergerichten wurde dem Klagebegehren stattgegeben und diese Entscheidung damit begründet, daß die strafgerichtliche Erklärung der Unwirksamkeit des klägerischen Acceptes, weil nach der Zahlungsauflage ergangen, als ein derselben nachgefolgtes Factum gemäß Hofdcr. vom 22. Juni 1836, J. G. S. Nr. 145, von dem Kläger zur Abwehr der gegen ihn geführten Execution geltend gemacht werden durfte und daß dadurch die Grundlage der wechselrechtlichen Verpflichtung des Klägers, nämlich die Echtheit seiner Unterschrift auf dem Wechsel zerstört, mithin der Zahlungsauflage und der darauf gegründeten Execution die Berechtigung entzogen wurde.

Der oberste Gerichtshof verwarf das Klagebegehren aus folgenden Gründen: Die Unechtheit der Unterschrift des Oppositionsklägers auf dem Wechsel kann nicht als eine dem Zahlungsauftrage nachgefolgte Thatsache angesehen werden; die Einwendung derselben hatte A gegen die Zahlungsauflage vorzubringen und es ist nicht zulässig, daß dasjenige, was als Einwendung gegen einen wechselrechtlichen Zahlungsbefehl anzubringen war, nach verstrichener Frist (§. 7 der Justiz-Ministerialverordn. vom 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 52) in der Form einer Oppositionsklage geltend gemacht werde. Das Straferkenntniß ist eine neue Thatsache, allein nicht geeignet,

das Executionsrecht der sonstigen Beklagten aufzuheben, weil sie nicht unmittelbar zwischen dem Executionsführer und dem Executen eingetreten ist und durch das Straferkenntniß selbst nicht der Zahlungsauftrag und die darauf erwirkte Execution aufgehoben wurde, vielmehr es sich um einen Zahlungsbefehl handelt, welcher durch die von Seite des A unterlassenen Einwendungen rechtskräftig geworden ist und allein das entscheidende Moment bildet, wobei es auf die Beschaffenheit der ihm zu Grund gelegten Urkunde nicht mehr ankommen kann. Auch sind die Oppositionsbeklagten, so weit die strafgerichtlichen Acten ersehen lassen, in dem Strafprocesse nicht intervenirt, daher gar nicht in der Lage gewesen, gegen den im Straferkenntnisse enthaltenen privatrechtlichen Ausspruch die Berufung zu ergreifen. Es wurde ferner in diesem Erkenntnisse der A selbst als Beschädigter angesehen und ihm die Forderung von 280 fl. gegen C zugesprochen, was offenbar auf der Voraussetzung beruhet, daß er den beklagten Wechselgläubigern zur Zahlung der Wechselsumme von 280 fl. verpflichtet ist.

---

## Nr. 4094.

### Expropriation wegen Eisenbahnbaues: Schätzung nach dem Ausmaß des Grundes; nachträglicher Verzicht der Bauunternehmung auf einen Theil des geschätzten Grundes.

**Entsch. v. 15. März 1871, Nr. 2837 (Best. des das Decr. des B. G. Großenzersdorf v. 13. Jänner 1871, Nr. 153, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 3. Februar 1871, Nr. 1831). G. Z. 1871, Nr. 33.**

Auf Ansuchen der Eisenbahnunternehmung A wurde die Einlösung einiger Grundstücke im Expropriationswege bewilligt und nach Rechtskraft des Expropriations-Erkenntnisses die gerichtliche Schätzung der in Expropriation gezogenen Grundparcellen vorgenommen. Der Schätzung wurde die Quadratklafter als Einheitsmaß zu Grunde gelegt. Die Eisenbahnunternehmung, welcher es nach Vornahme der Schätzung nicht mehr convenirte, die ganzen Parcellen zu übernehmen und welche von der Voraussetzung ausging, daß es ihr gestattet sei, lediglich Theile derselben gegen Bezahlung des hierauf entfallenden Schätzungswerthes zu occupiren, erlegte nur diesen Betrag zu Gericht und stellte die Bitte, die Interessenten von dem erfolgten Erlage zu verständigen. Dies geschah mit dem Zusatze, daß zur Ausfolgung der Einlösungsbeträge die Bewilligung der Satzgläubiger und die lastenfreie Abtrennung der expropriirten Grundflächen erforderlich sei. Eine Aufklärung darüber, wie die Eisenbahnunternehmung dazu kam, nur einen Theil des Schätzungswerthes zu erlegen, enthielt die gerichtliche Verständigung nicht. Diese gewannen die interessirten Grundbesitzer nur auf privatem Wege. Da dieselben aber befürchteten, daß an die-

sen Erlag die im §. 9 lit. c der kaiserl. Verordnung vom 14. September 1854, R. G. Bl. Nr. 238, vorgesehenen Folgen, nämlich Eigenthumserwerb durch die Eisenbahnunternehmung, geknüpft werden könnten, überreichten sie bei dem Gerichte eine Eingabe, in welcher sie den Sachverhalt auseinandersetzten, sich darauf beriefen, daß es nicht angehen könne, das Ausmaß einer bereits rechtskräftig gewordenen Expropriation nachträglich und einseitig zu restringiren, gegen alle und jede aus diesem Erlage abzuleitenden Rechtsfolgen protestirten, insbesondere auch noch darauf hinwiesen, daß sie zum mindesten niemals gezwungen werden dürfen, sich einer Schätzung zu unterwerfen, welche unter der dann ja nicht zutreffenden Voraussetzung aufgenommen wurde, daß die Parcellen ganz expropriirt werden. Schließlich stellten sie das Petit, die eingelegte Rechtsverwahrung zur Kenntniß zu nehmen und zur Wahrung ihrer Rechte das Erforderliche zu verfügen. — Das Gericht nahm diese Verwahrung zur Kenntniß und ordnete zugleich zur Verhandlung über die Frage, ob im Hinblick auf das die ganzen Parcellen zum Gegenstande habende Expropriationserkenntniß und in Anbetracht der der gerichtlichen Schätzung zu Grunde gelegenen Voraussetzung, daß die ganzen zur Expropriation bestimmten Parcellen und nicht blos kleinere Theile derselben eingelöst werden, der von der Eisenbahnunternehmung A nur für einen Theil des Areales geleistete Erlag statthaft und geeignet sei, im Sinne des §. 9 des Eisenbahn-Concessionsgesetzes vom 14. Sept. 1854, Nr. 238, die Eigenthumserwerbung der fraglichen Parcellenantheile für die Eisenbahnunternehmung A zu begründen, eine Tagsatzung an. — Auf den Recurs der Eisenbahnunternehmung A verordnete das O. L. G. die Zurückweisung des Gesuches der Grundbesitzer, weil dasselbe weder durch seine äußere Form zur gerichtlichen Annahme und Berücksichtigung sich eignet, noch auch in materieller Beziehung zur Kenntnißnahme geeignet und gesetzlich begründet erscheint und vielmehr, da es im Grnnde lediglich den von der Recurrentin bewerkstelligten Erlag bestreitet, dieser aber nur im Wege des vorschriftsmäßig zu überreichenden Recurses wider den gerichtlichen Intimationsbescheid bekämpft werden konnte, a limine als ordnungswidrig hätte zurückgewiesen werden sollen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung des O. L. G. in der Erwägung, daß durch das Expropriationserkenntniß die Eisenbahnunternehmung wohl berechtigt, keineswegs aber verpflichtet wurde, die angesprochenen Grundstücke zu übernehmen; daß nach §. 9 der Minist.-Verordn. v. 14. Sept. 1854, R. G. Bl. Nr. 238, nach vorgenommener Schätzung des zu expropriirenden Grundstückes dem Eigenthümer vorbehalten bleibt, seine Entschädigungsansprüche im Rechtswege geltend zu machen; daß das in der Eingabe der Grundbesitzer gestellte Begehren um Verfügung des Erforderlichen zur Wahrung der gefährdeten Interessen der Einschreiter viel zu unbestimmt lautete, um als Vorstellung

oder Recurs gegen den ersten, die Verständigung von dem Erlage enthaltenden Bescheid behandelt zu werden, und nicht geeignet war, die vom Richter erster Instanz erlassene Verfügung zu rechtfertigen.



## Nr. 4095.

### Executive Sequestration eines Zeitungsunternehmens.

**Entsch. v. 15. März 1871, Nr. 2903 (theilweise Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Prag v. 15. Nov. 1870, Nr. 27486 und des O. L. G. Prag v. 20. Dec. 1870, Nr. 43679). G. H. 1871, S. 178.**

Um die Schwierigkeiten zu beseitigen, die sich bei der Durchführung der auf Einschreiten der Finanzprocuratur für den Fiscus wegen rückständiger Inseratenstempelgebühren bewilligten executiven Sequestration einer von B redigirten und herausgegebenen Zeitschrift ergeben hatten, wurde von dem Gerichte, nach vorgängiger Verhandlung, eine Instruction erlassen und darin verordnet: 1. daß der Unternehmer des Journals dem Sequester a ein geeignetes Locale einzuräumen, b eine Casse zu übergeben, c die etwa vorhandene Barschaft abzuführen, d den ganzen Vermögensstand des Unternehmens liquid zu stellen; 2. daß alle Abonnements- und Pränumerationsgelder, so wie die Inseratgebühren und 3. alle geschlossenen Geldsendungen ausschließlich der Sequester zu übernehmen habe; es wurde ferner 4. die Geldgebahrung im Besonderen; 5. die Bestreitung der Ausgaben und 6. die Abfuhr des etwaigen Reinertrags geregelt. — Nachdem dieser Erlaß in zweiter Instanz bestätigt worden war, ergriff B den a. o. Revisionsrecurs, worin er ausführte, daß die untergerichtlichen Verfügungen theils Unmögliches fordern, theils offenbar ungerecht seien. Die in 1 a aufgetragene Einräumung eines geeigneten Locales für den Sequester in den Räumlichkeiten der Administration sei unmöglich, weil der Redacteur für die Letztere keine eigene Localität habe und nur durch die Güte des Besitzers der Buchdruckerei einen Raum für die Administration mitbenutzen dürfe; die in 1 b geforderte Herbeischaffung einer verschließbaren Casse übersteige die Grenzen der Executionsführung; der Auftrag in 1 c und d sei nicht ausführbar, da das Zeitungsunternehmen, wie dem Sequester bekannt sei, ein bedeutendes Deficit habe; die Verordnung in 2 stehe in vollem Widerspruch mit dem im Verhandlungsprotokoll vom .... aufgestellten Grundsatze, daß nur die Sequestration der reinen Einkünfte bewilligt worden sei und diese Bewilligung auf die Sequestration der Zeitschrift und der Unternehmung selbst nicht ausgedehnt werden dürfe; die Verfügung in 3, daß alle geschlossenen Geldbriefe nur von dem Sequester zu übernehmen und zu eröffnen seien, verstoße gegen das Gesetz zum Schutze des Brief- und Schriftengeheimnisses vom 6. April 1870,

R. G. Bl. Nr. 42, und die Bestimmung des §. 89 der C. O. sei auf den Fall der Sequestration per analogiam nicht anwendbar, weil sonst jeder Execut ein Cridar sein müßte; das in 4 und 5 dem Sequester eingeräumte Recht, jede Zahlungsanweisung der Administration zurückzuweisen, vernichte die Zeitungsunternehmung und enthalte eine Gewerbestörung, da man der Administration nicht zumuthen könne, die zu honorirenden Arbeiten dem Sequester zur Prüfung vorzulegen oder ihm sogar die Mitarbeiter und Correspondenten des Blattes namhaft zu machen.

Der oberste Gerichtshof beschränkte den in 1 b enthaltenen Auftrag in dem Sinne, daß B, falls eine versperrbare Casse zur Aufbewahrung der Gelder vorhanden wäre, dieselbe dem Sequester zu übergeben habe, weil im entgegengesetzten Falle dem Unternehmer als Executen die Herbeischaffung einer Casse nicht aufgetragen werden könne, sondern dem Sequester die Vorsorge für die nöthige und sichere Verwahrung der Gelder überlassen bleibe. Im Uebrigen bestätigte der oberste Gerichtshof die untergerichtlichen Verordnungen mit folgender Begründung: Wenn auch unter den gegebenen Verhältnissen die Einräumung eines eigenen Locales für den Sequester nicht thunlich wäre, so ist dadurch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, demselben zur Besorgung seiner Sequestrationsgeschäfte in den Localitäten der Zeitungsunternehmung die erforderliche und geeignete Räumlichkeit zuzuweisen. Ebensowenig kann der im Revisionsrecurse behauptete Mangel von Barschaft und Forderungsausständen einen Grund bilden, von der angeordneten, zur rechnungsmäßigen Fortführung des Cassegeschäftes durch den Sequester nothwendigen Liquidstellung des Vermögensstandes der Zeitungsunternehmung abzugehen, da aus dieser Liquidation sich erst ergeben wird, ob und welche Barschaft und Ausstände dem Sequester zu übergeben seien. Die Einhebung der Abonnements- und Pränumerationsgelder und der Einschaltungsgebühren durch den Sequester mit Ausschluß jedes Dritten liegt in dem Wesen der bewilligten Sequestration des Erträgnisses der Zeitschrift, weil der Sequester die sequestrirte Sache, hier also die Erträgnisse des Journals, als ein guter Hauswirth zu besorgen, somit alle eingehenden Gelder in Empfang zu nehmen, daraus die Auslagen zu bestreiten und den reinen Ueberschuß dort zu erlegen hat, wo der Richter zur Sicherheit nach Vernehmung der Parteien es anordnet. Die zur Ausführung dieser Bestimmung getroffene Verfügung, daß der Sequester alle verschlossenen brieflichen Geldsendungen zu übernehmen, unter Beiziehung des Herausgebers und Redacteurs oder sonstigen Adressaten zu eröffnen; die Gelder zu übernehmen, die Briefe selbst aber sogleich dem Adressaten zu übergeben habe, kann als eine Verletzung des Gesetzes vom 6. April 1870, Nr. 42, nicht angesehen werden, — so wenig als die Besorgniß, daß der Sequester bei Ausübung seines Amtes von demselben zum Schaden der Unternehmung einen ungerechtfertigten

Gebrauch machen könnte, ein Grund sein kann, ihn in der ihm obliegenden Verwaltung des Zeitungserträgnisses in einer Weise zu beschränken, bei der die Erzielung eines Erfolges der Sequestration offenbar nur dem guten Willen des Executen anheimgestellt wäre. Auch der Auftrag an den Sequester, das reine Einkommen bis zur völligen Zahlung der rückständigen Inseratenstempelgebühren an das Gebührenärar abzuführen, ist gerechtfertigt, weil kein anderer Gläubiger vorher an diesem Erträgnisse ein Pfandrecht erworben hat.

---

## Nr. 4096.

### Urtheilsmäßige Zuerkennung von Alimenten pro praeterito und pro futuro: Verjährungsfrist.

**Entsch. v. 16. März 1871, Nr. 10556 (Best. des Urth. des B. G. Urfahr v. 18. Oct. 1869, Nr. 5812, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 2. Juni 1870, Nr. 7950). G. H. 1871, S. 231.**

Auf die Klage des Vormundes und der Mutter des Kindes B gegen dessen unehelichen Vater A war der Letztere im März 1855 verurtheilt worden, die Alimente im Betrag von 4 kr. täglich pro praeterito vom 9. Jänner 1855 bis zum Tage des Urtheils binnen 14 Tagen und pro futuro in monatlichen Anticipativraten, deren erste am 3. April 1855 fällig wurde, bis zum Zeitpunkt der Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes, der Vormundschaft zu zahlen. Im Februar 1869 begehrten der Vormund und die Mutter zur Hereinbringung der bis inclusive 3. Jänner 1865 verfallenen Alimente im Betrage von 229 fl. 70 kr. die Execution durch Einantwortung einer dem A zustehenden Erbtheilsforderung. Nachdem die Execution bewilligt worden war, trat nun A mit der Oppositionsklage auf und begehrte, daß das Executionsrecht bezüglich der durch das Urtheil zuerkannten Alimente als (durch Verjährung) erloschen erklärt und die geführte Execution aufgehoben werde. — Das Gericht erster Instanz wies den Kläger vollständig ab. — Das O. L. G. unterschied zwischen den durch das Urtheil vom Jahre 1855 pro praeterito, und den pro futuro zugesprochenen Alimenten, indem es bezüglich der ersteren das klageabweisende Erkenntniß der ersten Instanz bestätigte, für die letzteren aber, d. i. für die vom 3. April 1855 bis 3. Jänner 1865 verfallenen Monatsraten der Alimente dem Begehren des Oppositionsklägers stattgab. — Das O. L. G. warf nämlich die in Rede stehenden Alimente in die Classe der im §. 1480 a. b. G. B. bezeichneten Forderungen und brachte daher auf dieselben den Just.-Minist.-Erlaß vom 21. Juli 1858, R. G. Bl. Nr. 105, zur Anwendung, nach welchem die bis zum Urtheil verfallenen Alimente der 30jährigen noch

nicht vollendeten Verjährung, die seit dem Urtheil fällig gewordenen Raten aber der Triennalverjährung unterlagen, welche in Ansehung der bis 3. Jänner 1865 verfallenen zur Zeit des erst im Jahre 1869 angebrachten Executionsgesuches bereits vollendet war.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz. Gründe: Wenn auch die urtheilsmäßige Alimentationsgebühr täglicher 4 kr. jetzt nicht mehr zu dem Ende gefordert werden kann, damit das Kind davon verpflegt werde, so hat der Kläger doch nicht dargethan, daß derjenige, welcher diese Verpflegung bestritt, auf die Vergütung der Kosten in dem durch das Urtheil dem Kläger auferlegten Maß verzichtete. Der Verpfleger — die Mutter, der Vormund oder der Dritte — ist berechtigt, von dem Kläger den Ersatz des Aufwandes zu fordern, zu welchem dieser verpflichtet war, und diese auf §§. 167 und 1042 a. b. G. B. gegründete Verbindlichkeit des Klägers ist weder nach §. 1489 ibid., da es sich nicht um einen der Mutter oder dem Dritten als Verpfleger zugegangenen Schaden handelt, noch nach §. 1480 ibid. verjährt, da die Pflicht des Klägers zur Leistung der Alimente bis zum Zeitpunkt der Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes durch Urtheil anerkannt ist und die Forderung der Alimente nicht mit dem Beginn eines jeden Monates erst entsteht, sondern durch den §. 1418 ibid., wornach Alimente wenigstens auf einen Monat voraus zu zahlen sind, nur die Raten, in welchen die Schuld zu zahlen ist, bezeichnet werden, es sich daher nicht um eine monatliche Rente im Sinne des §. 1480 und des Schlußsatzes des Just.-Minist.-Erlasses v. 21. Juli 1858, Nr. 105 handelt. Es war mithin der für die Zeit vom 3. April 1855 bis 3. Jänner 1865 erwachsene Alimentenbetrag, zu dessen Hereinbringung gleichfalls die Execution vom Jahre 1869 war erwirkt worden, zu dieser Zeit nicht verjährt, und daher das Begehren des Klägers vollständig abzuweisen.

---

## Nr. 4097.

### Unzulässigkeit der Auftragung des Haupteides an Eidesunfähige oder an Solche, die vom Streitgegenstande keine Kenntniß haben.

Entsch. v. 16. März 1871, Nr. 13102 (Best. des das Urth. des K. G. Tarnow v. 16. Sept. 1869, Nr. 11419, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau v. 21. März 1870, Nr. 21176). G. H. 1871, S. 222.

A belangte die von ihrer Mutter als Vormünderin vertretenen Erben des M in solidum wegen Zurückzahlung des 480 fl. betragenden Restes des von ihm dem Erblasser gegebenen Darlehens pr. 1050 fl. unter Auftragung des rückschiebbaren Haupteides über die Thatsachen

der Hingabe des Darlehens und des von M nach Zurückzahlung von 570 fl. geleisteten Versprechens der Zahlung des erwähnten Restes. — Mit Ausschließung der Vormünderin von dem Eide (§. 280 westg. G. O.), erkannte das Gericht erster Instanz nach dem Klagebegehren, wenn entweder die im eidesfähigen Alter stehenden Erben des M den negativen Eid nicht ablegen oder der Kläger im Rückschiebungsfalle den positiven Eid leistet.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das die Klage unbedingt abweisende Urtheil der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: Die Austragung des Haupteides ist auch den beklagten Erben gegenüber unzuläßig, weil Alle nach ihrem Alter eidesunfähig sind. Die Aelteste derselben, B, hatte am Tage der Acteninrotulirung das vierzehnte Lebensjahr noch nicht zuruckgelegt, und wenn sie auch seitdem (zur Zeit der Fällung des erstgerichtlichen Urtheils) mündig geworden war, so könnte sie nach dem Hofdcr. v. 31. August 1798, J. G. S. Nr. 430, zum Eid nur dann zugelassen werden, wenn sie von der durch den Eid zu beweisenden Thatsache Kenntniß hätte, welcher Fall aber durch ihre Unmündigkeit zur Zeit des Eintrittes derselben ausgeschlossen ist. Zudem müßte sie den Eid negativ abschwören, was bezüglich der Mitbeklagten ohne Wirkung wäre. Unter diesen Verhältnissen bliebe den Belangten nichts übrig, als den zugelassenen Eid zurückzuschieben, was wegen des Ausschlusses jeder freien Wahl, der Natur des Haupteides geradezu widerstreiten würde.

---

## Nr. 4098.

### Abweisung der Klage angebrachtermaßen: Verurtheilung des Klägers in die Kosten.

Entsch. v. 16. März 1871, Nr. 572 (Best. des Urth. des L. G. Graz vom 9. August 1870, Nr. 9035, Abänd. des Urth. des O. L. G. Graz vom 18. Oct. 1870, Nr. 12823). G. Z. 1871, Nr. 91.

---

## Nr. 4099.

### Sequestration eines Journals zur Einbringung von Gebühren: Einbeziehung der durch die Post einlangenden Pränumerationsgelder in die Sequestration.

Entsch. v. 21. März 1871, Nr. 3108 (Best. des das Decr. des B. G. der innern Stadt Wien v. 17. Nov. 1870, Nr. 41829, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 25. Jänner 1871, Nr. 1699). G. Z. 1871, Nr. 55.

Während der gefällsamtlichen Untersuchung, die gegen B, Herausgeber eines Journals, wegen Verkürzung des Fiscus durch Ausgabe

ungestempelter Zeitungsblätter eingeleitet worden war, stellte die Finanzbehörde das Begehren um gerichtliche Sequestration der Einnahmen des Journals und speciell der mit der Post einlaufenden Pränumerationsgelder bis zur Deckung der unberichtigten Stempelgebühren per 430 fl. und des Fünfzehnfachen dieser Summe als Gefällsstrafe. — Das Gericht erster Instanz bewilligte die Sequestration, mit Ausnahme der erwähnten Pränumerationsgelder (§. 30 des Postgesetzes v. 5. November 1837, J. G. S. Nr. 240: Unzulässigkeit des Verbotes und der Pfandrechtserwerbung auf Postsendungen vor Abgabe an den Adressaten). — Von dem O. L. G. wurde auch die Sequestration der Pränumerationsgelder bewilligt, weil die für den Adressaten eingehenden Postsendungen nach dem §. 22 der Fahrpostordnung vom 12. Juli 1838, J. G. S. Nr. 280, und §. 31 der Briefpostordnung v. 6. Nov. 1838, J. G. S. Nr. 302, auch an den der Postanstalt bekannt zu gebenden Vermögensverwalter, als welcher sich der gerichtliche Sequester darstelle, ausgefolgt werden dürfen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung mit der Erklärung, daß die Bestimmung des §. 30 des Postgesetzes v. 5. Nov. 1837, J. G. S. Nr. 240, auf den vorliegenden Fall keine Anwendung findet, weil es sich nicht um ein auf eine Postsendung vor der Abgabe an den Adressaten gelegtes Verbot oder geführte Pfändung, sondern lediglich um die Ausfolgung der für die Zeitungsunternehmung eingehenden Geldsendungen an den gerichtlich zu bestellenden und zu diesem Ende der Postanstalt namhaft zu machenden Sequester handelt, für welchen Fall in den Bestimmungen der Fahrpostordnung vom 12. Juli 1838 und des §. 31 der Briefpostordnung vom 6. November 1838 ausdrücklich Fürsorge getroffen ist.

---

## Nr. 4100.

### Besitzproceß: Recurs gegen eine abgesonderte Entscheidung über die Proceßkosten.

**Entsch. v. 21. März 1871, Nr. 3143 (Aufheb. des Decr. des O. L. G. Krakau v. 23. August 1868, Nr. 8704). G. Z. 1871, Nr. 42.**

In dem possessorium summariissimum der A gegen die B wegen Störung im Besitze eines Waldweges hat das Gericht nach durchgeführter Verhandlung dem Begehren gemäß der B aufgetragen, den streitigen Waldweg binnen drei Tagen bei Strafe von 25 fl. wieder herzustellen und die weitere Störung bei Strafe von 50 fl. zu unterlassen, zugleich aber behufs der ausgesetzten Entscheidung über die Proceßkosten noch eine Erhebung an Ort und Stelle der Besitzstörung angeordnet und die Klägerin angewiesen, als Vorschuß an Commissionskosten 9 fl. zu Gerichtshanden zu erlegen. — Gegen diese Verfügung

ergriff die Klägerin den Appellationsrecurs, welcher von dem O. L. G. als unzulässig zurückgewiesen wurde.

Auf den Revisionsrecurs derselben hat der oberste Gerichtshof dem O. L. G. die meritorische Erledigung des Appellationsrecurses verordnet. Gründe: Das obergerichtliche Erkenntniß ist über eine vollständig durchgeführte Verhandlung geschöpft worden und hat den Besitzstreit bezüglich des Weges endgiltig entschieden; nur über die Frage, welcher der Streittheile die Kosten zu tragen habe, ist noch eine Erhebung angeordnet worden, um das Erkenntniß darnach ergänzen zu können. Die Klägerin will nun in ihrem Appellationsrecurse darthun, daß diese Ergänzung nicht nothwendig sei, und da der §. 16 der kaiserl. Verordn. v. 27. October 1849, Nr. 12, gewiß nur jene Recurse ausschließt, die Erhebungen im Zuge des Verfahrens in der Hauptsache zum Gegenstande haben, hier aber über die Hauptsache bereits entschieden ist, so muß dieser Recurs als zulässig erkannt und dessen meritorische Erledigung angeordnet werden, um so mehr, als derselbe auch gegen Auftrag zum vorschußweisen Erlag der Commissionskosten gerichtet und ein Recurs dagegen von dem Gesetze nicht ausgeschlossen ist.

---

## Nr. 4101.

### Aufhebung der besonderen Erbfolge in Bauerngüter.

**Entsch. v. 21. März 1871, Nr. 3356 (Best. des das Decr. des B. G. Biala v. 28. April 1870, Nr. 2590, abänd. Decr. des O. L. G. Krakau vom 17. Nov. 1870, Nr. 9254). G. Z. 1873, Nr. 63.**

Die Verlassenschaft der am 22. Februar 1869 ohne Testament verstorbenen M wurde auf Grund der gesetzlichen Erbfolge und der angetragenen Vermögensvertheilung den Kindern der M mit dem Beisatze eingeantwortet, daß den ganzen Nachlaß A als der älteste Sohn in das Eigenthum zu übernehmen habe, mit dem Rechte, als Eigenthümer der Nachlaßrealität intabulirt zu werden, und mit der Verbindlichkeit, die Passiven und seinen Geschwistern die Erbtheile nach erreichter Großjährigkeit zu zahlen, diese Zahlungen auf der ererbten Realität sicherzustellen und dem überlebenden Gatten der M nach erlangter Verwaltung der Realität den vierten Theil des Nachlasses in den lebenslänglichen Fruchtgenuß zu übergeben. — Das O. L. G. beseitigte den erwähnten Beisatz, weil er gegen die Bestimmungen des §. 174 kaiserl. Patentes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, in das Einantwortungsdecret aufgenommen wurde.

Dagegen recurrirte A an den obersten Gerichtshof, welcher die obergerichtliche Entscheidung bestätigte und bemerkte, daß der in Rede stehende Beisatz bezüglich der Zuweisung des ganzen Nachlasses und insbesondere der Nachlaßrealität an A sammt der Folge einer solchen

Zuweisung zwar nicht aus dem von dem Oberlandesgerichte, angeführten, aber aus dem Grunde aus dem Einantwortungsdecrete nach der M weggelassen werden muß, weil mit dem Gesetze v. 27. Juni 1868, R. G. Bl. Nr. 79, kundgemacht am 1. November 1868, die Verbote wegen Theilung der Bauerngründe in Galizien aufgehoben wurden; nach diesem Gesetze die Aufhebung der früher bezüglich der Erbfolge in Bauerngüter bestandenen Abweichungen von den Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, mit Ablauf von drei Monaten nach dem 1. November 1868, d. h. mit dem 1. Februar 1869, in Wirksamkeit getreten, die M aber erst am 22. Februar 1869 gestorben ist, daher nach §. 2 des bezogenen Gesetzes die besonderen Vorschriften über die Erbfolge in Bauerngüter auf ihren Nachlaß keine Anwendung finden.

---

## Nr. 4102.

### Voraussetzungen der Eröffnung einer neuen Landtafeleinlage für das Trennstück eines landtäflichen Gutes.

**Entsch. v. 22. März 1871, Nr. 3251 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des L. G. Prag v. 22. Oct. 1870, Nr. 27961 und des O. L. G. Prag vom 19. Dec. 1870, Nr. 44177). G. Z. 1872, Nr. 74.**

Fall und Entscheidungen wie bei Entsch. vom 8. Februar 1871, Nr. 1372 (Nr. 4048 der Sammlung).

---

## Nr. 4103.

### Klage auf Erneuerung einer vom Aussteller eigenmächtig vernichteten Urkunde.

**Entsch. v. 23. März 1871, Nr. 1128 (Best. des das Urth. des B. G. Odrau v. 1. Juli 1870, Nr. 1796, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn v. 25. Oct. 1870, Nr. 12379). G. Z. 1871, Nr. 73.**

A begehrte in seiner gegen B angestellten Klage das Erkenntniß, daß B schuldig sei, ihm eine schriftliche von dem Bürgermeister X und dem Lehrer Y oder zwei anderen Mannspersonen als Zeugen unterschriebene Erklärung des Inhalts: „Er anerkenne, daß er von der Wustung und von der Parcelle Nr. 1030 über den gemeinschaftlichen zwischen .... hinlaufenden Feldweg zu fahren nicht berechtigt sei, und werde in Zukunft dieses Fahren unterlassen" auszustellen und zu übergeben. Dieses Begehren war auf folgende Anführungen des Klägers gegründet: Nachdem er dem B das Fahren von der Wustung und von der Parcelle Nr. 1030 (beide Grundstücke dem B gehörig) aus über den erwähnten Feldweg untersagt und Letzterer ihm erwiedert hatte, daß er in der That hiezu nicht berechtigt sei und künftig dieses Fahrens sich enthalten werde, ließ sich der Kläger diese Erklärung am 19. September 1869 im Schulgebäude ihres Wohnortes schriftlich, von B und

von X und Y als Zeugen unterfertigt, ausstellen und übergeben. Als aber der Kläger, in das Schulhaus wieder zurückgekommen, auf die Aufforderung des X die Schrift demselben wieder eingehändigt hatte, riß sie B dem X, der sie nochmals durchlas, aus den Händen, zerriß die Schrift und steckte die einzelnen Stücke zu sich. Dagegen wendete der Beklagte B ein: es habe sich immer nur um das Fahren von der Parcelle Nr. 1030 aus, nicht um das Fahren von der Wustung aus gehandelt; dieses letztere aufzugeben sei er niemals gewillt gewesen und zur Ausstellung des schriftlichen Verzichtes darauf nicht aufgefordert worden; er habe beim Vorlesen der aufgesetzten Erklärung durch den Zeugen X, da er ihren Sinn nicht gleich fassen konnte, den X gefragt, ob außer der Parcelle Nr. 1030 noch etwas darin stehe, und erst auf dessen verneinende Antwort unterschrieben; erst als X die demselben ausgehändigte Schrift nochmals vorlas, sei ihm, Beklagten, der Widerspruch ihres Inhaltes gegen seinen Willen klar geworden, weshalb er sich dann in der vom Kläger erzählten Weise derselben bemächtigt habe. — Das Gericht erster Instanz verwarf das Klagebegehren, weil nach seiner Ansicht dasselbe in dem Falle, daß B in der That — wie er behauptete — bei der Unterfertigung der später vernichteten Schrift vom 19. September 1869 über ihren Inhalt in einem solchen Irrthum war, der seinen ernstlichen Willen, die Erklärung zu unterschreiben, geradezu ausschloß, rechtlich nicht begründet, diese Voraussetzung aber durch das Ergebniß des auf Antrag des B aufgenommenen Zeugenbeweises vollständig bewiesen worden ist; weil ferner, davon abgesehen, der Kläger nur im Allgemeinen die Erneuerung der schriftlichen Erklärung in rechtsgiltiger Form, wozu jene des §. 114 a. G. O. genügen würde, fordern, niemals aber begehren könnte, daß sie von X und Y oder von zwei anderen Mannspersonen als Zeugen unterschrieben werden müsse, indem damit vom Beklagten etwas unter Umständen Unmögliches gefordert würde, da Niemand das Recht zusteht, einen Dritten zur Unterfertigung einer Urkunde als Zeuge zu zwingen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte aus folgenden Gründen das der Klage stattgebende Urtheil der zweiten Instanz: Es ist vom Beklagten zugestanden, daß er die Urkunde, deren Erneuerung den Gegenstand des Processes bildet und deren Inhalt von ihm nicht abgeleugnet wurde, dem Inhaber entrissen und vernichtet hat. Darin liegt offenbar ein Verschulden des Beklagten, welches den Kläger berechtigt, nach §. 130 a. G. O. und §. 1323 a. b. G. B. die Zurückversetzung in den vorigen Stand, daher die Ausstellung einer neuen Urkunde zu verlangen. Die Frage, ob die vom Beklagten vernichtete Urkunde rechtsgiltig war, respective die neu zu errichtende Urkunde rechtsgiltig wäre, ist in dem vorliegenden Processe nicht zu entscheiden, weil dies kein Gegenstand des Klagebegehrens ist, und das erstgerichtliche Erkenntniß, welches die Giltigkeit und Rechtswirksamkeit jener Urkunde und des durch sie begründeten Vertrages in Folge der Zeugenaussagen beanstandete und deshalb das Klagebegehren abwies, ist nicht gerechtfertigt.

---

## Nr. 4104.

### Rangordnung des Anspruches des Fiscus wegen Stempelverkürzungen des Cridars.

Entsch. v. 28. März 1871, Nr. 3565 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Brünn v. 20. Dec. 1870, Nr. 30038 und des O. L. G. Brünn vom 8. Februar 1871, Nr. 1669). G. Z. 1871, Nr. 90.

Das Gesuch der Finanzprocuratur um Auftrag an den Masseverwalter im B'schen Concurs zur Zahlung einer Stempelgebühr von 63 kr. und des Stempelstrafbetrages von 1 fl. 26 kr. wurde von beiden Untergerichten abgewiesen, weil die in dem Zahlungsauftrage vorgeschriebene Stempelgebühr von 63 kr. unzweifelhaft schon zur Zeit der Ausfertigung, resp. Saldirung der Rechnung (um deren Stempelpflicht es sich handelt), somit noch vor der Eröffnung des Concurses von B durch Verwendung der gehörigen Stempelmarke zu berichtigen und der erst nach der Concurseröffnung erlassene Zahlungsauftrag nur die Folge jener nicht erfüllten Verbindlichkeit war, daher der darin strafweise auf 1 fl. 89 kr. erhöhte Stempelbetrag nicht — wie die Finanzprocuratur behauptet — zu den während des Concurses auflaufenden, erst fällig werdenden, die Masse betreffenden Steuern und öffentlichen Abgaben im Sinne des §. 29 Nr. 1, lit. c der C. O. vom 25. December 1868 gehört, weshalb auch nicht der §. 160 derselben auf diese Gebühr anzuwenden ist, um so weniger, als die vorgeschriebene Gebühr zum mindesten der Betrag, um welchen sie zur Strafe erhöht wurde, zu dem nach §. 48, Nr. 2 der C. O. aus der Masse zu befriedigenden Geldstrafen zählt, in die dortselbst bezeichnete Classe fällt, und daher nur nach vorgängiger Anmeldung und verhandelter Liquidität nach Zulänglichkeit der Masse zu berichtigen ist.

Der oberste Gerichtshof verwarf den a. o. Revisionsrecurs der Finanzprocuratur mit Bezugnahme auf die vorstehende Begründung und auf die §§. 43, Nr. 4, 48, Nr. 2 und 108 der C. O.

---

## Nr. 4105.

### Widerruf einer Schenkung wegen Verkürzung der Gläubiger: Geltendmachung und Wirkung desselben. — Rectificirung des Klagebegehrens durch das Urtheil.

Entsch. v. 29. März 1871, Nr. 9657 (Abänd. der Urth. des B. G. Bistritz v. 28. Dec. 1869, Nr. 5705 und des O. L. G. Brünn v. 27. April 1870, Nr. 2649). G. H. 1871, S. 286.

Nachdem A die Verurtheilung seines Schuldners B zur Zahlung von 100 fl. durchgesetzt hatte, trat B die Hälfte seines Grund-

stückes X ohne Entgelt seiner Tochter C zum Eigenthum ab und wurde die Letztere im Grundbuch als Eigenthümerin intabulirt. Nun belangte A wegen Verkürzung als Gläubiger des B nach §. 953 a. b. G. B. den B und die C und bat um das Erkenntniß: 1. daß der Abtretungsvertrag nicht zu Recht bestehe; 2. daß die C schuldig sei, das ihr abgetretene Miteigenthum dem B zurückzustellen und diese Eigenthumshälfte auf ihn grundbücherlich wieder zu übertragen, widrigenfalls der Kläger berechtigt sei, die grundbücherliche Zuschreibung vornehmen zu lassen. — Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Klagebegehren mit dem beschränkenden Zusatz, daß der Widerruf der Schenkung nur für die Forderung des Klägers gegen B pr. 100 fl. zu gelten habe, weil der Abtretungsvertrag nach seinem Inhalt als eine Schenkung anzusehen ist; der Geschenkgeber zur Zeit derselben dem Kläger 100 fl. schuldig war; die Verkürzung des Letzteren aus dem von B im Proceß abgelegten Geständniß sich ergibt, daß er kein Vermögen besitze; daher der Schenkungswiderruf dem A gestattet war, übrigens, da nach dem §. 953 a. b. G. B. dieses Recht sich nicht auf alle Forderungen des Widerrufenden, noch auf alle übrigen Gläubiger des Geschenkgebers bezieht, in dem Erkenntniß die bestimmte Forderung, für welche der Widerruf zu gelten hat, ausgesprochen werden mußte. — Von dem O. L. G. wurde die Klage aus folgenden Gründen abgewiesen: Der Kläger, als durch die Schenkung verkürzter Gläubiger war nicht berechtigt, die Ungiltigerklärung der Schenkung zu begehren. Denn der gänzliche Widerruf einer Schenkung findet nur in dem Falle des §. 948 a. b. G. B., wegen groben Undankes des Beschenkten, statt; wogegen in den anderen Fällen des Widerrufes (§§. 947, 950 — 953 ibid.) die Geschenke nur mit den in diesen Paragraphen festgesetzten Beschränkungen zurückgefordert werden können. Aus dem Zusammenhange dieser gesetzlichen Bestimmungen über den Widerruf ergibt sich deutlich, daß außer dem Falle des §. 948 in keinem andern dem Widerrufsberechtigten die Befugniß zukommt, die Giltigkeit der Schenkung in ihrer Ganzheit anzufechten; nach dem §. 953 bezieht sich der Widerruf nicht auf alle Gläubiger, noch auf alle Forderungen des Klägers, und bleibt dritten Personen gegenüber die Schenkung giltig. Im vorliegenden Falle konnte daher A nur verlangen, daß er bezüglich seiner urtheilsmäßigen Forderung von 100 fl. in dem Executionsrechte nicht beschränkt werde; er konnte die Geschenknehmerin C nur auf Einräumung des Pfandrechtes an der verschenkten Sache und auf Herausgabe dessen belangen, was ihm durch die Schenkung entgangen ist. A mußte folglich mit seinem, das ihm zustehende Recht offenbar überschreitenden Klagebegehren abgewiesen werden.

Der oberste Gerichtshof erkannte, mit Abänderung beider Urtheile: Die Abtretung des B an die C besteht dem Kläger gegenüber nicht zu Recht und der Letztere ist berechtigt, wegen seiner Forderung von 100 fl. auf die der C geschenkten Gutshälfte Execution zu führen.

Mit dem Begehren, daß die C verurtheilt werde, dem B das abgetretene Eigenthum der Gutshälfte zurückzustellen, widrigenfalls der Kläger das Recht habe, dieselbe dem B grundbücherlich zuschreiben zu lassen, wird der Kläger abgewiesen. Gründe: Sobald — wie es von Seite des O. L. G. mit Recht geschah — anerkannt wird, daß der Gläubiger A durch die widerrechtliche Schenkung nicht gehindert werden könne, aus der geschenkten Sache für seine Forderung die Befriedigung zu verlangen, so ist kein Grund zur vollen Abweisung des nun von ihm nach §. 953 a. b. G. B. gestellten Begehrens, sondern nur zur Beschränkung der übergreifenden Rechtsfolgen desselben vorhanden. Wenn daher auch das Begehren, daß die C verurtheilt werde, die ihr geschenkte Gutshälfte dem B zurückzustellen u. s. w. nicht gerechtfertigt ist, so war ihm doch das Recht einzuräumen, aus der verschenkten Sache sich die Befriedigung zu holen. Es ist zwar diese Rechtsfolge von dem A nicht in das Klagebegehren aufgenommen worden, allein sie ergibt sich aus dem Zwecke seiner Klage und aus dem nach §. 953 dem Gläubiger zustehenden Rechte, das Geschenk nur zum Zwecke seiner Befriedigung zurückzufordern; sie mußte daher als eine Beschränkung des Klagebegehrens ausgesprochen werden, damit die Möglichkeit offen bleibe, die Schenkung oder deren Werth soweit aufrecht zu erhalten, als sie die Forderung des verkürzten Gläubigers übersteigt.

---

## Nr. 4106.

### Verjährungsfrist für terminweise Geldforderungen aus einem Lohnvertrage.

Entsch. v. 29. März 1871, Nr. 2926 (Best. des das Urth. des B. G. Bohorodžan v. 14. März 1870, Nr. 1313, abänd. Urth. des O. L. G. Lemberg vom 27. Sept. 1870, Nr. 26881). Zeitschr. f. d. Notariat 1871, Nr. 37.

Im Juni 1869 belangte A den B auf Zahlung des seit Februar 1865 — also seit 4 Jahren — ausstehenden Jahreslohnes, den A vermöge Lohnvertrages für seine dem B geleisteten Dienste von demselben zu fordern hatte. — Auf Grund der von dem Beklagten nach §. 1480 a. b. G. B. eingewendeten Triennalverjährung schloß das Gericht erster Instanz die erstjährige Lohnforderung aus und verurtheilte den B nur zur Zahlung des Lohnes seit Februar 1866. — Das O. L. G. hat dem Kläger die volle Klagsumme zuerkannt und in den Motiven ausgesprochen, daß der §. 1480 a. b. G. B. nicht Geldforderungen, die von Dienstleistungen herrühren, sondern nur Forderungen von Dienstleistungen zum Gegenstande habe, daher die Einrede der Triennalverjährung des Beklagten gegen die Lohnforderung des Klägers gesetzlich ungegründet sei.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil des O. L. G. aus dessen Gründen.

---

## Nr. 4107.

### Summarischer Besitzproceß: Einschleichung in den Besitz einer beweglichen Sache.

Entsch. v. 29. März 1871, Nr. 2998 (Best. des das Decr. des B. G. der innern Stadt Wien v. 15. Jänner 1871, Nr. 1789, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 4. Februar 1871, Nr. 2218). G. H. 1871, S. 215.

Der Juwelier A hatte dem B einen Brillantring im Werthe von 1000 fl. auf 24 Stunden in Verkaufscommission gegeben. Nach Verlauf dieser Frist verweigerte B die Zurückstellung des Ringes, weil ihm derselbe vormals entwendet worden sei, und wurde nun von A in possessorio summariissimo auf die Herausgabe des Ringes belangt. — In erster Instanz wurde die Klage abgewiesen, weil in der oben angeführten, von B zugestandenen Thatsache nicht die in den §§. 2 und 5 der kais. Verordnung v. 27. Oct. 1849, R. G. Bl. Nr. 12, vorausgesetzte Entsetzung von dem factischen Besitz, sondern nur die im §. 345 a. b. G. B. bezeichnete bittweise Einschleichung in den Besitz, wodurch der Kläger nur in dem Mentalbesitze beeinträchtigt, respective desselben entsetzt wurde, gefunden werden könne, durch den §. 5 der citirten Verordnung aber die Subsumtion der im §. 345 a. b. G. B., neben der gewaltsamen oder durch List erfolgten heimlichen Einschleichung in den Besitz, erwähnten bittweisen Einschleichung unter §. 2 der Verordnung v. 27. October 1849, Nr. 12, ausgeschlossen sei. — Von dem O. L. G. wurde dem Klagebegehren stattgegeben.

In Erwägung, daß der durch List erschlichene Besitz nach §. 345 a. b. G. B. unecht ist; daß in dem Vorgehen, durch welches B zugestandenermaßen den Ring aus dem factischen Besitze des A in seinen factischen Besitz brachte, allerdings eine listige Besitzerschleichung liegt, indem A durch den Vorwand des B, denselben nur auf 24 Stunden in Commission zu nehmen, bestimmt wurde, ihm den factischen Besitz des Ringes einzuräumen, wozu er sich bei offener Reclamation nach des Beklagten eigener Angabe wohl nicht verstanden hätte; daß nach §. 346 a. b. G. B. gegen jeden unechten Besitzer die Zurückversetzung in die frühere Lage, und zwar nach der kais. Verordnung v. 27. Oct. 1849, Nr. 12, §. 2, binnen 30 Tagen auf dem Wege des durch diese Vorschrift vorgezeichneten Verfahrens begehrt werden kann; daß die Anwendung dieser Verordnung auf den vorliegenden Fall auch nicht durch den §. 5 derselben ausgeschlossen ist, da der Kläger unbestrittenermaßen im Besitze des Ringes war, dieser factische Besitz gegen die in der listigen Besitzergreifung des Beklagten liegende Störung zu schützen ist, die Besitzergreifung hier auch nicht in der eigenmächtigen Verwechslung des Titels einer bereits vorhandenen Inhabung des Beklagten, sondern in der listigen Art, wie er sich in den Besitz setzte, gefunden wird, und der Kläger keineswegs den Besitz des Ringes erst

erwerben, sondern in seinem gestörten Besitze geschützt werden will, — hat der oberste Gerichtshof die Entscheidung der zweiten Instanz bestätigt.

---

## Nr. 4108.

### Executionsprivilegium für Hypothekarforderungen der Nationalbank: Wirksamkeit gegenüber jedem Besitznachfolger.

**Entsch. v. 29. März 1871, Nr. 3168 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Wien v. 5. Juli 1870, Nr. 36166 und des O. L. G. Wien vom 28. Dec. 1870, Nr. 25511). G. Z. 1871, Nr. 66.**

Der Besitzer einer Realität in Galizien erhielt von der Nationalbank ein Darlehen per 24.000 fl. in Pfandbriefen. Der Schuldschein, in welchem sich der Schuldner den mit Finanzministerialerlaß vom 20. März 1856, R. G. Bl. Nr. 36, kundgemachten Statuten der priv. österr. Nationalbank für den Hypothekarcredit unterwarf, wurde auf seiner Realität pfandrechtlich sichergestellt. Die Realität ging später in den bücherlichen Besitz eines Dritten über. Als dieser verstarb, suchte die Nationalbank wegen Nichteinhaltung der bedungenen Zahlungsmodalitäten gegen den erklärten Erben und Repräsentanten des Hypothekarschuldners die executive Realitätenfeilbietung an, die von beiden Untergerichten bewilligt wurde. Dagegen ergriff der Execut den außerordentlichen Recurs, in welchem er ausführte: das Landesgericht Wien sei zur Bewilligung der Feilbietung nicht competent gewesen, da sich nur der erste Schuldner und nicht der Besitznachfolger den Statuten der Nationalbank unterworfen habe; die Verordnung vom 19. Sept. 1860, R. G. Bl. Nr. 212, lasse die Fortsetzung der Execution gegen den Besitznachfolger nur bei erwirkter Klaganmerkung zu; der §. 323 a. G. O. fordere die executive Einverleibung des Urtheiles vor Bewilligung der Feilbietung; die Nationalbank habe Prolongationen eintreten lassen, sie erhebe daher den Zahlungsanspruch nicht auf Grund des Schuldscheines, sondern auf Grund der nicht eingehaltenen, hier widersprochenen und durch nichts erwiesenen Prolongationsbedingungen.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs. Gründe: Die Feilbietungsbewilligung ist durch §. 11 lit. e) der Statuten der Nationalbank und durch die im Schuldschein enthaltene, in Folge der Intabulation auch gegen jeden späteren Besitzer wirksame Stipulation gerechtfertigt. Die Nationalbank ist nach §. 2 lit. d) ibid. gegen jeden Besitzer der Pfandsache bei Nichterfüllung der Zahlungsbedingungen sofort zur Execution berechtigt; der Recurrent kann sich daher auf die Ministerialverordnung vom 19. Sept. 1860 Nr. 212 nicht berufen. Da nach §. 23 der Statuten sogleich die Veräußerung verlangt werden kann, bedarf es mit Rücksicht auf das schon durch die Intabulation des

Schuldscheines sichergestellte Recht der Nationalbank nicht der vorgängigen Intabulation des executiven Pfandrechtes, und es genügen nach §. 2 lit. d) der Statuten die Buchauszüge der Nationalbank zur Nachweisung ihres Executionsrechtes gegen jeden Besitzer des Gutes.

---

## Nr. 4109.

### Wirksamkeit der Einigung auf das summarische Verfahren für den höheren Instanzenzug.

**Entsch. v. 29. März 1871, Nr. 3410 (Best. des Decr. des B. G. Prag v. 3. Dec. 1870, Nr. 14193, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 9. März 1871, Nr. 190). G. H. 1872, S. 303.**

In dem Processe des A gegen B hatten sich die Parteien auf das summarische Verfahren ohne Vorbehalt geeinigt; deshalb wurde die Appellationsbeschwerde, die der Kläger nach Ablauf der im §. 44 des Gesetzes über den summarischen Proceß bestimmten Frist gegen das Urtheil anbrachte, von dem Gerichte erster Instanz als verspätet abgewiesen. — Das O. L. G. ließ die Einigung der Parteien für den Appellations- und Revisionszug nicht gelten und behandelte daher die Appellation des A als eine rechtzeitige.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid in Erwägung, daß die Einigung der Parteien auf das summarische Verfahren eben deshalb, weil sie ohne Einschränkung und nähere Bestimmung erfolgt ist, in dem Sinne ausgelegt werden muß, daß alle im Gesetze über den summarischen Proceß enthaltenen Bestimmungen, mithin auch jene über die Fristen im Appellations- und Revisionszuge zu beobachten seien; daß ferner nur im wechselrechtlichen Processe nach §. 11 der Ministerialverordnung v. 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 52, für den Fall, als die Parteien das schriftliche Verfahren wollen, die Bestimmung der Fristen für die Proceßschriften durch gemeinschaftliches Einverständniß angeordnet ist, woraus folgt, daß bei den anderen Proceßarten, für die eine solche Vorschrift nicht besteht, das von den Parteien vereinbarte Verfahren für alle Instanzen zu gelten hat.

---

## Nr. 4110.

### Competenz für Klagen auf Grund eines präjudicirten Wechsels.

**Entsch. v. 29. März 1871, Nr. 3529 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des B. G. Feistritz v. 10. Dec. 1870, Nr. 8282 und des O. L. G. Graz v. 18. Jänner 1871, Nr. 85). G. H. 1871, S. 155. Gazz. d. Trib. 1871, Nr. 10.**

Die nach §. 56 J. N. bei dem B. G. Feistritz als forum rei sitae angebrachte Klage des A puncto Rechtfertigung der Präno-

tation einer wegen unterbliebenen Protestes zur Zeit der Klage präjudicirten Wechselforderung und Zahlung der dem Wechsel zu Grunde liegenden Darlehensforderung pr. 255 fl. wurde von dem B. G. und von dem O. L. G. als eine wechselrechtliche Klage angesehen und deshalb wegen Incompetenz des angerufenen Gerichtes a limine abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof verordnete die Erledigung der Klage mit Abstandnahme von dem angeführten Abweisungsgrunde, weil die wechselmäßige Verbindlichkeit, welche die der Handelsgerichtsbarkeit unterworfene wechselrechtliche Klage zur Voraussetzung hat, erloschen ist und von dem Kläger auch nicht der wechselrechtliche, sondern der gemeinrechtliche Anspruch auf Zurückzahlung des dem Wechselgeschäfte zu Grunde liegenden Darlehens geltend gemacht wurde.

---

## Nr. 4111.

## Versprechen des Vermiethers, nicht zu kündigen, „so lange er lebe".

Entsch. v. 29. März 1871, Nr. 3563 (Best. des das Urth. des B. G. Teschen v. 31. Dec. 1870, Nr. 10996, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn vom 14. Februar 1871, Nr. 1109). G. Z. 1871, Nr. 85.

Die Aufkündigung eines Miethvertrages von unbestimmter Dauer wurde von dem Miether A aus dem Grunde angefochten, weil, nach seiner Anführung, die Vermietherin B auf sein Ansuchen, die gemiethete Wohnung ihm auf längere Zeit zu lassen, erklärt hätte: „So lange ich lebe, werde ich Ihnen nicht kündigen." Nach der Angabe des A und der Aussage des auf seinen Antrag vernommenen Zeugen geschah die Aeußerung der B unter folgenden Umständen: Im Jahre 1869 sprach A die B, da er gewillt war, die Wohnung aufzugeben, wobei sie erklärte, mit dem von ihm gezahlten Zins von 180 fl. zufrieden zu sein; darauf brachte A die Bitte vor, sie möge ihm die Wohnung weiter auf längere Zeit überlassen, und erhielt von ihr die obige Antwort: „So lange ich lebe" u. s. w. — Das Gericht erster Instanz hielt diese Thatsache für entscheidend und erkannte auf den Erfüllungseid des Klägers zur Ergänzung des Zeugenbeweises; wogegen das O. L. G. die Anfechtungsklage des A unbedingt abwies.

Der oberste Gerichtshof bestätigte aus den nachstehenden Gründen das Urtheil der zweiten Instanz. In der Aeußerung der B ist die bestimmte rechtsverbindliche Verzichtleistung derselben auf das Kündigungsrecht für ihre Lebenszeit nicht enthalten. Einmal liegt es wohl in der Natur der Sache, daß der Vermiether sein Kündigungsrecht nicht einseitig aufgeben werde, ohne daß auch der Miether auf das

ihm zustehende Recht der Kündigung Verzicht leistet. Dann aber hätte ein so unbestimmtes Versprechen des Vermiethers, wie das der B, schon deshalb keine praktische Wirkung, weil ihm dadurch das Recht nicht benommen sein würde, den Miethzins beliebig zu erhöhen und auf diese Art die Miethpartei aus dem Hause zu bringen. Nun hat der Kläger selbst nicht behauptet, daß die B sich des Rechtes der Steigerung des Miethzinses für immer begeben habe; es kann daher ihre Zusage, niemals zu kündigen, auch nicht als rechtswirksamer Vertrag erkannt werden.

---

## Nr. 4112.

### Unzulässigkeit des Mandatsprocesses auf Grund einer im Auslande legalisirten Urkunde.

**Entsch. v. 29. März 1871, Nr. 3622 (Best. des Decr. des K. G. Eger vom 14. Dec. 1870, Nr. 6861, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 10. Jänner 1871, Nr. 887). G. H. 1871, S. 131.**

Auf die in Leipzig von den Eheleuten B über 2500 Thaler ausgestellte, vom dortigen Gerichtsamte legalisirte Schuldurkunde begehrte der Gläubiger A mittelst Mandatsklage die Ertheilung des Zahlungsbefehles, welcher gegen den abweisenden Bescheid der ersten Instanz von dem O. L. G. mit der Motivirung erlassen wurde, daß die amtliche Bestätigung des sächsischen Gerichtes im Sinne des von Oesterreich mit Sachsen geschlossenen Staatsvertrages v. 6. December 1865, R. G. Bl. vom J. 1866 Nr. 16, sich als eine öffentliche, vollen Glauben verdienende Urkunde darstelle, welcher daher nach der Natur der Sache mindestens eben so viel Glauben beizumessen sei, als die kaiserl. Verordnung vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 95, den notariellen Urkunden beilegt, indem die von Gerichten und Notaren aufgenommenen Urkunden nach §§. 111 und 112 a. G. O. und nach §. 2 der Notariatsordnung in Ansehung dessen, worüber sie errichtet worden sind, volle Glaubwürdigkeit haben und nach dem citirten Staatsvertrage in dieser Beziehung zwischen inländischen und sächsischen Gerichten kein Unterschied bestehe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die abweisende Verordnung der ersten Instanz, weil der producirten Schuldurkunde das im §. 1 der Justizministerialverordnung v. 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, für die Zulässigkeit des Zahlungsbefehles aufgestellte Erforderniß (im Inlande errichtete öffentliche oder von einem inländischen Gerichte oder Notare legalisirte Privaturkunde) fehlt und durch die Legalisirung der sächsischen Gerichtsbehörde in Folge des angezogenen Staatsvertrages nicht ersetzt wird, mit welchem zur Vereinfachung des Geschäftsganges im internationalen Verkehr Erleichterungen in Betreff der formellen

Legalisirungen festgesetzt, allein die hierlands bestehenden Vorschriften über den Civilproceß, zu welchem auch die Justizministerialverordnung vom 18. Juli 1859, Nr. 130, gehört, nicht abgeändert worden sind.

---

## Nr. 4113.

### Besitzstörung durch Privatpfändung von Vieh?

Entsch. v. 29. März 1871, Nr. 3736 (Best. des das Decr. des B. G. Przemyslany v. 30. Oct. 1869, Nr. 4339, aufheb. Decr. des O. L. G. Lemberg v. 16. Februar 1870, Nr. 3572). G. H. 1871, S. 375.

B hatte die Gans des A in seinem Garten betreten und wegen des von ihr angerichteten Schadens gepfändet, allein innerhalb der im §. 1321 a. b. G. B. gesetzten achttägigen Frist weder mit A sich abgefunden, noch die Klage angebracht. Er wurde nun von A in possessorio summariissimo auf Restitution des Besitzes der Gans belangt. — Das Gericht erster Instanz entschied nach dem Klagebegehren, indem es den B wegen unterlassener Rechtfertigung der Privatpfändung dem A gegenüber als widerrechtlichen und unechten Besitzer der Gans betrachtete.

Der oberste Gerichtshof erkannte in Uebereinstimmung mit dem O. L. G. auf Abweisung des Klägers, weil die Ausübung des im §. 1321 a. b. G. B. eingeräumten Rechtes der Privatpfändung als eine Besitzstörung nicht angesehen werden und A, wenn B nach vollzogener Pfändung sich nicht nach der Vorschrift des citirten Gesetzes benommen hat, das ihm daraus erwachsene Recht nur mittelst ordentlicher Klage, nicht in possessorio summariissimo verfolgen kann.

---

## Nr. 4114.

### Unzulässigkeit des Haupteides zum Beweis der mangelhaften Beschaffenheit einer Sache. — Vereinbarte Ueberschickungsart?

Entsch. v. 30. März 1871, Nr. 1112 (theilweise Best. des das Urth. des B. G. Tetschen v. 15. Sept. 1870, Nr. 5646, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 28. Nov. 1870, Nr. 39708). G. Z. 1871, Nr. 83.

In dem Processe des A gegen B puncto Zahlung einer Geldschuld handelte es sich im Revisionszuge nur mehr um 1 fl. Der Kläger hatte von B die Zahlung seiner 150 fl. betragenden Forderung in Banknoten per Post erhalten. Nach seiner Anführung, die er mittelst des dem B aufgetragenen und von diesem ihm zurückgeschobenen Haupteides zu beweisen sich erbot, war unter den ihm eingesandten Bank-

noten eine Guldennote in so schlechtem Zustande, daß er sie nicht nehmen konnte, sondern dem B retournirte. Der Beklagte leugnete die schlechte Beschaffenheit der Banknote und behauptete seinerseits, daß er die retournirte Banknote dem A wieder zurückschickte (was dieser ableugnete) und darüber nichts weiter hörte, und trug zum Beweise seiner Anführung dem A den Haupteid auf, welchen dieser ihm zurückschob. — Das Gericht erster Instanz erkannte auf den dem Kläger zurückgeschobenen Haupteid und verurtheilte den Beklagten für den Fall der Abschwörung durch den Kläger zur Zahlung des streitigen Guldens. — Das O. L. G. erklärte den in erster Instanz sententionirten Eid zum Theil für unzulässig, indem die Eigenschaft einer Sache (der behauptete schlechte Zustand der Banknote) nicht Gegenstand eines Eides sein könne, und zum andern Theile für irrelevant, da der Beklagte die Ablehnung und Retournirung der Banknote durch den Kläger nicht abgeleugnet hat, und erkannte, bei demnach nicht erbrachtem Beweise der schlechten Beschaffenheit der Banknote, auf den dem Beklagten zurückgeschobenen Haupteid und auf Freisprechung des Beklagten für den Fall der Ableistung des Eides.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz mit Beseitigung der Worte „und darüber nichts weiter hörte" aus der Formel des Haupteides. Gründe: Das Urtheil des O. L. G. mußte aus den Motiven desselben bestätigt werden und dies um so mehr, als durch die Thatsache der Postsendung der 150 fl. an den Kläger und der Postrücksendung der Guldennote an den Beklagten außer Zweifel gesetzt ist, daß die Parteien die Uebersendungsart der Post vereinbart haben, daher im Falle des vom Beklagten (durch den obergerichtlich sententionirten Haupteid) erbrachten Beweises der abermaligen Zurücksendung der Banknote per Post an den Kläger, diese Guldennote, welche übrigens, nach der Angabe des Klägers selbst, beim Postamte seines Wohnsitzes Tetschen liegt, nach §. 429 a. b. G. B. als ihm tradirt angesehen werden muß. Nur sind die im oberstgerichtlichen Erkenntnisse eliminirten Worte der Eidesformel irrelevant, da eben nur die Beobachtung der vereinbarten Uebersendungsweise bei der abermaligen Zusendung der Banknote durch den Beklagten hier als wesentlich erscheint.

## Nr. 4115.

### Compensation seitens der von dem Vater eines unehelichen Kindes belangten Mutter mit der Gegenforderung auf Rückvergütung der für das Kind bestrittenen Alimente. — Verjährungsfrist für die Rückforderung geleisteter Alimente.

**Entsch. v. 30. März 1871, Nr. 1205 (Best. des Urth. des B. G. Völkermarkt v. 28. August 1870, Nr. 2462, Abänd des Urth. des O. L. G. Graz vom 7. Dec. 1870, Nr. 14164). G. H. 1871, S. 215.**

Gegen die Klage des A wegen Zurückzahlung eines Darlehens von 105 fl. erhob die Beklagte B die Einwendung der Compensation, indem sie anführte, daß dem Kläger, der sich in dem Taufbuche als Vater des vor 14 Jahren von ihr geborenen außerehelichen Kindes C habe eintragen lassen, die Verpflegung des Kindes oblag, welche aber nicht von ihm, sondern von ihr mit 504 fl. bestritten worden sei, weshalb sie diese Geldsumme von ihm zu fordern habe. Der Kläger replicirte, daß die B zur Geltendmachung dieser Gegenforderung ohne Intervention des Vormundes des Kindes nicht legitimirt und daß die Forderung nach §. 1480 a. b. G. B. auch verjährt sei. — Die in erster Instanz zugelassene Compensationseinrede wurde von dem O. L. G. in der Erwägung abgewiesen, daß, wenn auch der zur Compensation eingewendete Ersatzanspruch der B angeblich von ihr bestrittene Alimentationskosten betrifft, die Entscheidung darüber, da das Zustandekommen eines Vertrages auf die Compensation geleugnet und nicht bewiesen wurde, die Entscheidung über die Paternität zum Kinde der B voraussetzt, welches in dem gegenwärtigen Processe von seinem Vormunde nicht vertreten ist, und daß A ebensowenig als er Zahlungen, die von ihm einem Dritten geleistet wurden, gegen eine von dem Vormunde des Kindes an ihn gestellte Forderung einwenden könnte, verpflichtet sein kann, Zahlungsansprüche zu berücksichtigen, welche mit Umgehung des Vormundes auf Grund der dem Kinde gebührenden Alimentation gegen ihn erhoben werden.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz. Gründe: A hat nicht geleugnet, daß er in dem Taufbuch sich als Vater des Kindes der B eingeschrieben habe, daß er Vater desselben sei und daß die B den Unterhalt des Kindes durch 14 Jahre bestritten habe. Es ist daher nach den §§. 166, 167, 1042 a. b. G. B. der B zum Ersatze dieses Aufwandes verpflichtet. Der Umstand, daß dieser Ersatzanspruch von ihr ohne Intervention des Vormundes geltend gemacht wurde, steht der Compensation nicht entgegen, weil das Kind die durch die Mutter erhaltene Verpflegung von dem Vater nicht mehr fordern kann und nur die Letztere, eben weil sie einen dem Vater obgelegenen Aufwand bestritten hat, berechtigt ist, von ihm den Ersatz zu verlangen. — Die dagegen vorgebrachte Einwendung der Triennalverjährung nach den §§. 1480 und 1489 a. b. G. B. aber ist unbegründet,

weil die B weder eine Schadenersatzforderung (§. 1489) stellt, noch die Zahlung einzelner Alimentationsraten (§. 1480), sondern die Vergütung der in einer Reihe von Jahren aufgewendeten Kosten begehrt.

---

## Nr. 4116.

### Uebernahme der Verpflichtung zur Rückgabe eines Wechsels in Folge Ausstellung eines neuen: rechtliche Folgen der verschuldeten Unmöglichkeit der Rückstellung.

**Entsch. v. 30. März 1871, Nr. 1804 (Abänd. der Urth. des B. G. Nachod v. 22. Mai 1870, Nr. 3443 und des O. L. G. Prag v. 11. Oct. 1870, Nr. 32886). G. Z. 1871, Nr. 83. G. H. 1872, S. 246.**

A gab dem B für einen von ihm ausgestellten Wechsel von 100 fl. einen neuen Wechsel gegen das von B geleistete Versprechen, daß dieser ihm den ersten hiemit „gezahlten" Wechsel zurückstellen werde, und belangte den B auf die seinerseits unterlassene Zurückstellung. Dagegen wurde von dem Beklagten vorgebracht, daß er inzwischen den alten Wechsel verbrannt habe, mithin außer Stand sei, die geforderte Leistung zu vollziehen, weshalb der Kläger sich mit der Versicherung, die er ihm im Proceß gab, begnügen müsse, daß er die 100 fl. aus jenem Wechsel niemals fordern werde. — Das Gericht erster Instanz stellte die Proceßentscheidung auf den zum Beweis der Verbrennung des Wechsels vom Beklagten aufgetragenen Haupteid, wogegen das O. L. G. dem Klagebegehren unbedingt stattgab.

Der oberste Gerichtshof entschied, daß der Beklagte bei sonstiger Execution schuldig sei, den Wechsel binnen 14 Tagen zurückzustellen oder in demselben Termin die Amortisation des Wechsels einzuleiten und innerhalb der gesetzlichen Frist auf seine Kosten zu bewirken. Gründe: B ist an sein Versprechen gebunden. Ob ihm dessen Erfüllung unmöglich geworden, indem er den alten Wechsel angeblich verbrannt hat, weil der Kläger unterließ, sich denselben bei ihm zu holen, müßte erst bewiesen werden. Der hiefür in erster Instanz zugelassene Haupteid ist aber überflüssig, weil B in keinem Falle zur Vernichtung des Wechsels, welchen er dem A zurückstellen sollte, berechtigt war und die Vernichtung ein Verschulden auf seiner Seite begründet, allein nicht ihn seines Versprechens entledigет haben würde. Ist aber der Wechsel in der That, wie er anführt, verbrannt und dadurch die Zurückstellung unmöglich geworden, so entstand für ihn nach §. 1428 a. b. G. B. die Verpflichtung, die Amortisation der Urkunde und zwar, weil er die Vernichtung verschuldet hat, auf seine eigenen Kosten zu bewirken.

---

## Nr. 4117.

### Befreiung der Bezüge eines Mitgliedes des Landesschulrathes von der Execution.

**Entsch v. 4. April 1871, Nr. 4055 (Best. des das Decr. des L. G. Zara v. 20. Dec. 1870, Nr. 2957, abänd. Decr. des O. L. G. Zara v. 3. Februar 1871, Nr. 699). Gazz. dei Trib. 1871, Nr. 11.**

Als Mitglied des dalmatinischen Landesschulrathes bezieht B die feste Summe jährlicher 300 fl. in monatlichen Anticipativraten. Sein Gläubiger A, diese Bezüge als Remuneration bezeichnend, begehrte im Executionswege, zur Deckung seiner Forderung von 700 fl. darauf angewiesen zu werden. — Das Gericht erster Instanz bewilligte das Gesuch. — Das O. L. G. hingegen qualificirte die obigen Bezüge des B als Gehalt, nicht als Remuneration, weil sie fix sind und demselben in seiner Eigenschaft als Mitglied des Landesschulrathes angewiesen wurden, und verwarf daher das Executionsgesuch des A in Hinblick auf die den Gehalt u. s. w. der Beamten von der Execution und Beschlagnahme befreienden Gesetze.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz aus deren Gründen mit der Bemerkung, daß dieselben in dem §. 3 des Hofdcr. vom 15. Mai 1818, J. G. S. Nr. 1455 (Gleichstellung der Personalzulage mit dem statutenmäßigen Gehalte des Beamten in Hinsicht auf die gerichtliche Verbotlegung und Verpfändung), gesetzlichen Anhaltspunkt haben.

---

## Nr. 4118.

### Unbedenklichkeit des Zeugnisses eines Handlungsgehilfen des Zeugenführers.

**Entsch. v. 5. April 1871, Nr. 14393 (Best. des das Urth. des B. G. Lichtenwald v. 20. Juni 1870, Nr. 1248, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 27. Sept. 1870, Nr. 11822). G. H. 1871, S. 223.**

In einem Processe handelte es sich um die Frage, ob der Handlungsgehilfe des Zeugenführers ein unbedenklicher Zeuge sei. — Das Gericht erster Instanz qualificirte ihn als einen bedenklichen Zeugen im Sinne des §. 142, lit. c a. G. O., dessen ausdehnende Auslegung durch den §. 156 der ungar. Civ. Pr. O. unterstützt werde, welcher sich des Ausdruckes „Dienstpersonen" statt des im §. 142 c a. G. O. gebrauchten Wortes „Dienstboten" bedient. — Das O. L. G. sprach sich für die Unbedenklichkeit aus, weil Handlungsgehilfen weder nach dem Sprachgebrauche noch nach den gesetzlichen Bestimmungen in der Kategorie von „Dienstboten" eingereihet werden können. Nach dem Handelsgesetze, welches die Stellung der Handlungsgehilfen zum

Principal regelt, ist ihr Dienstverhältniß wesentlich verschieden von jenem der Dienstboten, weshalb auch der Art. 65 des H. G. B. jene Personen, die bei dem Betriebe des Handelsgewerbes Gesindedienste verrichten, von den im 6. Titel über die Handlungsgehilfen gegebenen Normen ausdrücklich ausschließt und hinsichtlich derselben auf die bestehenden Dienstbotenordnungen hinweiset. Mit diesen Bestimmungen ist eine genaue Grenze zwischen beiden Kategorien gezogen; es kann daher der §. 142 lit. c a. G. O. auf die Handlungsgehilfen nicht angewendet werden, und dies um so weniger, als auch der Grund des Gesetzes, nämlich die in Folge der persönlichen Abhängigkeit eintretende Befangenheit des Dienstboten, der seinem Herrn gegenüber als Zeuge auftreten soll, auf den Handlungsgehilfen nicht zutrifft, welcher als ein nur im Handelsgeschäfte des Principals thätiger Gehilfe, offenbar nicht in einem so stricten Abhängigkeitsverhältnisse steht, wie der nur zur Verrichtung häuslicher Arbeiten aufgenommene Dienstbote zu seinem Dienstherrn, dessen häuslicher Zuchtgewalt er nach den Dienstbotenordnungen und dem Strafgesetze unterworfen ist.

Der oberste Gerichtshof theilte die Ansicht des O. L. G. und berief sich auf den gemeinen Sprachgebrauch, nach welchem unter „Dienstboten" nur solche Diener verstanden werden, welche, im Haushalte des Dienstgebers lebend, blos zu den niederen Handarbeiten und Verrichtungen verwendet werden und unter der häuslichen Zucht des Familienhauptes stehen, — zu denen aber ein Handlungscommis, selbst wenn er in der Familie des Handelsherrn oder der Handelsfrau Wohnung und Verpflegung außer dem Gehalte genöße, nicht gerechnet werden kann, weil dem Principal das Recht der häuslichen Zucht gesetzlich über ihn nicht zukommt, weil der Handlungscommis zu höheren Arbeiten verwendet wird, als jene, die ein Dienstbote gewöhnlich zu leisten hat, und weil auch das Handelsgesetz, welches das Verhältniß zwischen dem Handelsherrn und dem Handlungsgehilfen normirt, zwischen den letzteren und den andern Hilfsarbeitern niederer Kategorie einen großen Unterschied macht.

---

## Nr. 4119.

### Verweigerung des angesuchten Executionsschrittes wegen Unterlassung der gleichzeitigen Liquidirung der Executionskosten?

Entsch. v. 12. April 1871, Nr. 4143 (Best. des Decr. des L. G. Leoben v. 19. Jänner 1871, Nr. 139, Abänd. des Decr. des O. L. G. Graz vom 14. Februar 1871, Nr. 1904). G. Z. 1871, Nr. 58.

Das in erster Instanz sofort bewilligte Gesuch des A um executive Mobilienfeilbietung bei B wurde von dem O. L. G. in der

Erwägung, daß nach den §§. 403 und 424 a. G. O. und der Resolution vom 14. Juni 1784, lit. e J. G. S. Nr. 306, dem Executionsgesuch jederzeit das Verzeichniß der erlaufenen Kosten beizulegen und überhaupt die ganze Forderung sammt Nebenverbindlichkeiten ziffermäßig nachzuweisen ist, damit der Execut in die Kenntniß jenes Betrages gelange, durch dessen sofortige Zahlung er die nachtheiligen Folgen der fortgesetzten Execution von sich abwenden kann, mit dem Auftrage zurückgewiesen, das Gesuch mit dem entsprechenden Verzeichniß der Executionskosten zu versehen, worauf sodann weiterer Bescheid erfolgen wird.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Verordnung mit der Bemerkung, „daß die Unterlassung der gleichzeitigen Liquidirung der Executionskosten nach dem Gesetz kein Grund zur Verweigerung des angesuchten Executionsschrittes ist".

---

## Nr. 4120.

### Haftung des liegenden Gutes für die Gebühr wegen des Ueberganges auf die Erben angesichts der vor der Gewähranschreibung der letzteren erfolgten executiven Veräußerung und Meistgebotsvertheilung.

**Entsch. v. 12. April 1871, Nr. 4243 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Saaz v. 10. Oct. 1870, Nr. 6989 und des O. L. G. Prag vom 13. Februar 1871, Nr. 4418). G. Z. 1871, Nr. 75.**

Die aus einem Grundstücke bestehende Verlassenschaft des im Jahre 1865 verstorbenen M wurde seiner Witwe B gegen Uebernahme der Passiven und der Verpflegung seiner Kinder mit Urkunde vom 19. Juni 1866 eingeantwortet, deren Zustellung an die B wegen nicht ausgewiesener Gebührenberichtigung unterblieb. Im Jahre 1868 erstand A das auf sein executives Einschreiten gegen die Erben des M feilgebotene Grundstück; darauf wurde die Tagfahrt zur Meistgebotsvertheilung anberaumt und davon das Steueramt verständigt, welchem auch schon die Versteigerungstermine bekannt gegeben worden waren; und nach eingetretener Rechtskraft des gleichfalls dem Steueramte zugestellten Vertheilungsbescheides erwirkte A im Juni 1870 die Einantwortung des Grundstückes und im October 1870 die Intabulation seines Eigenthums. In der Zeit zwischen der Feilbietung und der Meistgebotsvertheilung erließ das Steueramt an die B, Uebernehmerin der M'schen Verlassenschaft, den Auftrag zur Zahlung der auf 171 fl. sich belaufenden Gebühr für die Vermögensübernahme, ohne dieselbe in dem Executionsverfahren anzumelden, und da die B die Zahlung nicht leistete, begehrte die Finanzprocuratur gegen die Verlassenschaft

des M durch die Erbin B, mit der Bitte um Verständigung des A, die executive Eintragung der vorerwähnten Zahlungsauflage auf das von M hinterlassene dem A bereits grundbücherlich zugeschriebene Grundstück. — Von beiden Untergerichten wurde das Gesuch bewilligt. A ergriff dagegen den Revisionsrecurs, worin er geltend machte, daß der Ersteher einer executiv verkauften Liegenschaft zu einer Mehrzahlung über das Meistgebot hinaus nach den Feilbietungsbedingnissen nicht angehalten werden kann; daß das Meistgebot bereits rechtskräftig vertheilt ist; daß er nach den angefochtenen Entscheidungen mehr zahlen müßte, als sein Angebot ausmacht; daß die fragliche Gebühr nicht gegen ihn erwachsen, der Zahlungsauftrag ihm nicht zugestellt worden ist; daß dieselbe zur Kaufschillingsvertheilung nicht angemeldet und auf den Kaufschilling nicht angewiesen wurde; daß die (vom O. L. G. angerufene) Vorschrift des §. 6 des Gebührengesetzes vom 9. Februar 1850, R. G. Bl. Nr. 50, gegen ihn, der weder die Gebühr, noch deren Höhe, sondern nur seine Zahlungspflicht bestreitet, eben nicht spricht; daß nach dem Finanzministerialerlasse vom 6. Juni 1865, Nr. 13336, das Steueramt für den durch Unterlassung rechtzeitiger Einverleibung einer Gebühr herbeigeführten Verlust derselben im Executionsverfahren haftet; daß endlich, wenn die untergerichtlichen Entscheidungen aufrecht blieben, die Meistgebotsvertheilung abgeändert werden und der letzte zum Zug kommende Gläubiger (der übrigens der Recurrent selbst ist) um 171 fl. weniger bekommen müßte.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs, weil die angefochtenen Erledigungen dem §. 72 des citirten Gebührengesetzes und der kaiserl. Verordnung vom 3. Mai 1850, R. G. Bl. Nr. 181, entsprechen, ein Verschulden des Steueramtes an der nicht rechtzeitigen Anmeldung und Liquidirung der Gebühr nicht nachgewiesen ist und der Reccurrent nicht dargethan hat, daß er durch diese Erledigungen einen materiellen Nachtheil und offenbares Unrecht erleide, zumal gerade er der Gläubiger ist, welcher in Folge der Vertheilung des Meistgebotes mit seiner Forderung von 1200 fl. theilweise durchfällt, da er selbst nur mehr mit 510 fl. zum Zug kommt, und ihm freisteht, bei der competenten Gefällsbehörde um die Abschreibung der Gebühr von 171 fl. einzuschreiten, nachdem die von ihm geführte Execution gegen die Erben des M geführt worden, seine Besitzanschreibung unmittelbar auf jene des M geschehen, eine Besitzanschreibung der B somit gar nicht erfolgt ist und auch nicht mehr erfolgen wird.

---

## Nr. 4121.

### Concurseröffnung wider „einen mit Executionen verfolgten Schuldner": Execution zur Sicherstellung?

**Entsch. v. 12. April 1871, Nr. 4410 (Best. des das Decr. des K. G. Tarnopol v. 21. Nov. 1870, Nr. 12426, abänd. Decr. des O. L. G. Lemberg vom 19. Jänner 1871, Nr. 1422). G. Z. 1871, Nr. 49.**

Auf Grund der dem Handelshause A zur Sicherstellung einer Wechselforderung von 378 fl. bewilligten provisorischen Pfändung, Schätzung und Transferirung der Fahrnisse des B, des Urtheils, mit welchem die Zahlungsauflage aufrecht erhalten und B für unbedingt schuldig erkannt wurde, die Wechselsumme von 378 fl. dem Handlungshause A zu bezahlen, und der dem Handlungshause C zur Sicherstellung von Wechselforderungen per 174 fl. und 336 fl. bewilligten und vollzogenen Superpfändung der auch von D gepfändeten Mobilien des B, begehrten die Firmen A und C die Eröffnung des Concurses über das Vermögen des B, respective Tagsatzungsanordnung und Auftrag zur Sicherstellung und Vorlage des Vermögensausweises bei sonstiger Concurseröffnung. — Das in erster Instanz bewilligte Gesuch wurde von dem O. L. G. abgewiesen, weil der Firma A die Execution nur zur Sicherstellung bewilligt worden war. Gegen diese Entscheidung ergriffen die beiden Firmen den Recurs mit Berufung auf die allgemeine Fassung des §. 63 C. O., „wider einen mit Executionen verfolgten Schuldner".

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung. Gründe: Unter der im §. 63 C. O. enthaltenen Bedingung, daß der Schuldner mit Executionen verfolgt werde, können nur die zur Einbringung einer bereits rechtskräftig anerkannten Forderung geführten, im 31. Capitel der westgalizischen Gerichtsordnung bezeichneten Executionen verstanden werden, weil die nur uneigentlich als provisorische Execution bezeichnete Pfändung auf Grund einer erwirkten, aber nicht in Rechtskraft erwachsenen Zahlungsauflage nur als ein Sicherstellungsmittel angesehen werden muß, welches daher nicht weiter geführt werden kann, und, wenn Kläger mit seiner Forderung nicht obsiegen würde, von selbst entfällt und unwirksam wird. Nun liegen hier eben nur provisorische Pfändungen zur Sicherstellung, keineswegs aber wirkliche Executionen vor; der im §. 63 C. O. bezeichnete Fall der Anordnung einer Tagsatzung behufs eventueller Concurseröffnung ist mithin nicht vorhanden und war das Gesuch gemäß alinea 3 dieses §. 63 sofort abzuweisen.

## Nr. 4122.

### Mündliches Verfahren: Aufnahme der schriftlich angemeldeten Revisionsbeschwerde zu Protokoll.

**Entsch. v. 12. April 1871, Nr. 4428 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Reutte v. 7. Februar 1871, Nr. 629 und des O. L. G. Innsbruck v. 1. März 1871, Nr. 909). G. Z. 1872, Nr. 24.**

In einem mündlich verhandelten Processe wurde von der ersten Instanz auf die schriftliche Anmeldung der Revision des Vertreters des Beklagten seinem Begehren gemäß zur protokollarischen Aufnahme der Revisionsbeschwerde und Einrede Tagfahrt angeordnet und diese Verfügung, gegen welche der Vertreter des Klägers reccurrirte, weil nach schriftlicher Anmeldung der Revision das mündliche Einschreiten der Rechtsfreunde in dem Revisionsverfahren gesetzlich unzulässig sei, vom O. L. G. in der Erwägung bestätigt, daß dieselbe den Grundsätzen des mündlichen Processes vollkommen entspricht. — Dagegen ergriff nun der klägerische Vertreter den a. o. Revisionsrecurs, worin er sich auf die Vorschriften der westg. G. O. über das Rechtsmittelverfahren, §§. 332, 334, 342 und insbesondere auf den §. 337 berief, gemäß welchem nur im Falle der mündlich geschehenen Revisionsanmeldung auch das weitere Verfahren auf mündlichem Wege durchzuführen sei.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs, weil mit Rücksichtnahme auf die obergerichtliche Begründung in den gleichförmigen Verordnungen der ersten und zweiten Instanz eine Nichtigkeit oder offenbare Ungerechtigkeit nicht erkannt werden konnte.

---

## Nr. 4123.

### Anfang der Frist zur Restitution wegen schlechter Vertretung.

**Entsch. v. 13. April 1871, Nr. 12788 (Best. des das Urth. des L. G. Graz v. 4. April 1870, Nr. 5041, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 13. Juli 1870, Nr. 7466). G. Z. 1871, Nr. 57.**

In der am 26. September 1869 angebrachten Klage des A gegen B puncto Restitution wegen schlechter Vertretung gegen das in der Rechtssache des B wider A wegen Zahlung von 500 fl. ergangene Urtheil vom 26. März 1867 wurde angeführt: Während des Processes erwirkte C, Gläubiger des B, die executive Einantwortung von 121 fl. aus der vom Letzteren gegen A eingeklagten Forderung von 500 fl. und A erhielt davon die gerichtliche Verständigung. Von diesen (im Restitutionsprocesse urkundlich festgestellten) Thatsachen machte A sofort Mittheilung seinem Rechtsfreunde, welcher (laut der producirten

Motive des Urtheils vom 26. März 1867) es unterließ, in dem Processe diese den Abzug von 121 fl. von der Klagesumme bedingende Einantwortung an C und die von A demselben geleistete Zahlung einzuwenden, so daß das Urtheil auf Zahlung der vollen 500 fl. ausfiel. Erst am 14. September 1869 wurden dem A von seinem Advocaten die Acten des Processes sowie das abweisende Urtheil vom 24. März 1869 ausgefolgt, welches auf eine inzwischen von seinem Rechtsfreunde ohne sein Vorwissen behufs Sanirung des Fehlers angestellte Oppositionsklage ergangen war, und erst durch die Einsicht der Motive dieses Urtheils wurde ihm die Kenntniß verschafft, daß der Advocat die obige Einwendung im ersten Processe nicht vorgebracht hatte. Der Restitutionsbeklagte B leugnete die von A seinem Advocaten von der executiven Einantwortung gemachte Mittheilung, sowie die erst am 14. September 1869 von A geschehene Ausfolgung der Proceßacten, worauf dieser den Beweis durch den Advocaten und einen zweiten Zeugen dafür antrug; B bestritt aber, davon abgesehen, die Berechtigung zur Restitutionsklage auch wegen Versäumung der gesetzlichen Frist von vierzehn Tagen, welche nach dem Hofdcr. v 19. December 1801, J. G. S. Nr. 545, von dem Tage der im gegenwärtigen Falle vorlängst erfolgten Kundmachung des Urtheils an die verkürzte Partei durch dessen Zustellung an ihren Advocaten zu berechnen und daher zur Zeit der angebrachten Restitutionsklage bereits verstrichen war. — Das Gericht erster Instanz war nicht der Ansicht, daß für die Berechnung der Restitutionsfrist die Urtheilszustellung an den Advocaten jene der Kundmachung des Urtheils an die Partei im Sinne des citirten Hofdecretes vertrete, und erkannte auf den vorerwähnten von A angebotenen Zeugenbeweis. — Von dem O. L. G. hingegen wurde die Restitutionsklage aus den nachstehenden Gründen abgewiesen: Wenngleich die gerichtliche Kundmachung von Urtheilen im Civilprocesse nur durch deren gerichtliche Zustellung, und zwar an Parteien, welche von Advocaten vertreten sind, zu Händen der letzteren geschieht und die Frist für das Restitutionsgesuch ob schlechter Vertretung nicht vom Tage der Urtheilszustellung an den Rechtsfreund der verkürzten Partei zu berechnen ist, da das citirte Hofdecret ausdrücklich den Tag, an welchem der verkürzten Partei selbst das Urtheil kundgemacht worden ist, als den Anfang jener Frist bezeichnet, so kann dennoch diesem Hofdecrete nicht der Sinn beigelegt werden, daß es immer und selbst in dem Falle, wo die Partei schon auf anderem Wege zur vollen Kenntniß des Urtheiles gekommen war, geradezu der Zustellung des Urtheiles von der Hand des Advocaten in jene der Partei bedürfen soll, damit die Kundmachung desselben an die verkürzte Partei als geschehen und demnach die Restitutionsfrist als begonnen angesehen werden kann, weil das citirte Hofdecret selbst nur den Tag der Kundmachung des Urtheiles als den für den Anfang des Termins maßgebenden Zeitpunkt bezeichnet, durch die Zustellung des Urtheiles nur

die gerichtliche Kundmachung desselben im Civilprocesse bewirkt wird, um die es sich ferner nicht mehr handelt, und weil sonst die Festsetzung des Beginnes der Frist zum offenbaren Abbruch aller Rechtssicherheit der neuen Willkür der verkürzten Partei und ihres Rechtsfreundes preisgegeben sein würde. Der Kläger A will den Nachweis dafür, daß das Urtheil vom 26. März 1867, gegen welches er die Restitution begehrt, ihm erst am 14. September 1869 kundgemacht worden, durch den über die Actenübergabe an letzterem Tage angebotenen Zeugenbeweis erbringen. Allein dieser Beweis ist selbst in dem Falle, als man nur die Zustellung des Urtheils als dessen Kundmachung gelten lassen wollte, wegen seiner Irrelevanz nicht zuzulassen, weil durch die Bestätigung des bezüglichen Weisartikels, des Inhalts: daß dem A die seinen Proceß gegen B puncto 500 fl. mit Anhang betreffenden Acten — insbesondere die Entscheidungsgründe zum Urtheil vom 24. März 1869 über die Oppositionsklage vom 31. August 1868 von der Kanzlei des Dr. . . . am 14. September 1869 ausgefolgt worden sind, der Umstand, daß dem Kläger das Urtheil vom 26. März 1867, wider welches er eben restituirt werden will, an dem besagten Tage zugestellt wurde, keineswegs bewiesen wäre, weil von diesem Urtheile der Weisartikel nicht erwähnt und die am 14. September 1869 geschehene Ausfolgung der Acten an A den gegnerischerseits geleugneten Umstand, daß dem A an jenem Tage auch das Urtheil vom 26. März 1867 behändigt worden, nicht nothwendig in sich einschließt. Zudem hat der Kläger gegen die von B auf Grund des Urtheils von 1867 geführte Execution im August 1868 die obenerwähnte Oppositionsklage angebracht, womit hinlänglich bewiesen ist, daß ihm noch vor derselben das Urtheil vom Jahre 1867 kundgemacht worden sein muß, weil sich sonst die Anstellung der Oppositionsklage gar nicht erklären ließe, seine gegnerischerseits widersprochene Behauptung aber, daß sein Advocat ohne sein Vorwissen und Information den Oppositionsproceß auf eigene Faust geführt habe, von ihm nicht bewiesen wurde. Endlich gestand der Restitutionskläger selbst die am 6. August 1868 zu seinen Händen erfolgte Zustellung des Executionsgesuches des B, aus welchem er in Verbindung mit dem darauf ergangenen gerichtlichen Bescheid den vollen Inhalt des Urtheils von 1867 und den Umstand mit voller Deutlichkeit entnommen haben muß, daß im Processe puncto 500 fl. auf die angebliche Zahlung des Theilbetrages von 121 fl. an C keine Rücksicht genommen worden ist.

Mit Bezugnahme auf die vorstehende Motivirung bestätigte der oberste Gerichtshof das Urtheil der zweiten Instanz.

---

## Nr. 4124.

### Auslegung eines als „Pachtvertrag" bezeichneten Bestandvertrages.

**Entsch. v. 13. April 1871, Nr. 12981 (Best. des das Urth. des B. G. Innsbruck v. 12. März 1870, Nr. 2672, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck v. 22. Sept. 1870, Nr. 1518). G. Z. 1871, Nr. 57. G. H. 1871, S. 183.**

Der Holzhändler A hatte von B ein Grundstück „zum Zwecke der Aufstockung von Holz" auf Ein Jahr gepachtet. B mähte und bezog das während der Pachtzeit auf dem Grundstücke (seiner Cultur nach ein Acker) gewachsene Gras und wurde darauf von A, welcher durch den Vertrag das Recht vollständiger und ausschließlicher Benützung des Feldes erworben zu haben behauptete, auf Zahlung des Geldwerthes der Grasnutzung belangt, wogegen B einwendete, daß dem Kläger nur das Eine Recht der Holzaufstockung eingeräumt worden sei. — Die erste Instanz erkannte nach dem Klagebegehren unter der Bedingung, daß A mit dem Schätzungseid den Graswerth beschwöre. — Vom O. L. G. wurde die Klage ohneweiters in der Erwägung abgewiesen, daß in dem Vertrage ausdrücklich bestimmt wurde, daß B dem A sein Grundstück .... zum Zwecke der Aufstockung von Holz in Pacht überläßt, und daß als Entschädigung für diese Benützung der Preis von jährlichen 170 fl. vereinbart wurde; daß über die rechtliche Wirkung eines Vertrages nicht die von den Parteien gewählte Bezeichnung desselben (Ueberlassung „in Pacht"), sondern der Inhalt des Vertrages selbst entscheidet und daher bei dem in Rede stehenden Bestandvertrag angesichts der ausdrücklichen Bestimmung der für ein Ackerfeld ungewöhnlichen Benützungsart dem A kein anderes Recht zukam, als das Recht, ungehindert die Aufstockung von Holz auf dem ganzen Acker vorzunehmen, d. h. die Bestandsache dem Vertrag gemäß zu gebrauchen und zu benützen (§. 1098 a. b. G. B.); daß er nicht einmal behauptet, von B in der Ausübung dieses Rechtes gestört worden zu sein, somit B der ihm nach §. 1096 ebendort obliegenden Pflicht, den Bestandnehmer in dem bedungenen Gebrauche und Genusse des Pachtobjectes nicht zu stören, vollkommen nachgekommen ist, und daß die mit dem Vertrage vereinbarliche Benützung der Bestandsache von Seite des Eigenthümers denselben zu einer Entschädigung des Bestandnehmers ex lege nicht verpflichtet.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil des O. L. G. aus dessen Gründen.

## Nr. 4125.

## Unzulässigkeit der Vernehmung der Testamentszeugen behufs Auslegung des in einer dem Erblasser nicht geläufigen Sprache niedergeschriebenen Testamentes.

**Entsch. v. 14. April 1871, Nr. 13946 (Best. des Urth. des B. G. Dignano v. 30. März 1870, Nr. 1210, Abänd. des Urth. des O. L. G. Triest v. 23. Juli 1870, Nr. 4072). G. Z. 1871, Nr. 76.**

Die Söhne A des verstorbenen M producirten mit ihrer gegen dessen Witwe B angestellten Klage in Abschrift das in italienischer Sprache geschriebene Testament des M, worin derselbe die Kläger als Erben eingesetzt und seiner in gesegneten Umständen befindlichen Frau B ein Haus und Grundstück mit dem Zusatze vermacht hatte: „Morendo questa (scil. prole), rimaritandosi la mia moglie, voglio che il fondo e casa passi ai miei figli addietro nominati in egual porzione“. (Wenn dieses Kind stirbt, meine Frau sich wieder verehelicht, will ich, daß Grundstück und Haus zu gleichen Theilen an meine nachgenannten Söhne komme.) Die B gebar eine Tochter, die noch lebt, und ging sodann eine zweite Ehe ein. Auf diesen Thatbestand gründeten die Kläger ihr Begehren, welches dahin lautete, daß die B schuldig erkannt werde, das Haus und Grundstück nebst den seit dem Zeitpunkte der Wiederverehelichung gewonnenen Früchten ihnen herauszugeben. Der Streit drehte sich um die Frage: ob, wie die B geltend machte, der Rückfall des Legats an die Kläger an zwei Bedingungen, nämlich an die Wiederverehelichung der B und an den (nicht eingetretenen) Tod des nachgeborenen Kindes, oder aber nur an die erstere Bedingung geknüpft gewesen sei, wie die Kläger behaupteten, welche zur Feststellung dieser Intention und Meinung des nur der slavischen Sprache ganz mächtigen Testators den Beweis durch die Testamentszeugen antrugen. — Das Gericht erster Instanz hat die Auslegung der Beklagten angenommen und deshalb die Kläger zur Zeit abgewiesen. — Das O. L. G., welches auf den vorerwähnten Zeugenbeweis erkannte, motivirte sein Urtheil in folgender Weise: Der Inhalt der fraglichen letztwilligen Anordnung ist durchaus nicht so klar und deutlich, wie die eine und die andere Proceßpartei behaupten und das Gericht erster Instanz dafür hält. Jede Auslegung — die Auslegung der Kläger, wie jene der Beklagten — läßt dem Zweifel Raum, ob sie die wahre Absicht des Testators treffe, und geräth mit sich in Widerspruch. Deshalb und in weiterer Erwägung, daß das vorliegende Testament den Willen des M nicht in der von ihm gebrauchten Sprache gibt, sondern der Ausdruck des Uebersetzers und der bei der Testamentserrichtung verwendeten Zeugen ist und daß einige Worte, die von erheblicher Wichtigkeit und für die richtige Auslegung der Anordnung maßgebend sein könnten, nach der Behauptung der Beklagten in dem Originaltestamente eingeschaltet (intruse) worden sind, so ist

offenbar für die Proceßentscheidung das von den Klägern angetragene Verhör jener Personen von Einfluß, welche als Verfasser und Zeugen des Testamentes vor jedem Anderen zur Aufklärung des eigentlichen Willens des Erblassers berufen sind.

Auf die Revisionsbeschwerde der Beklagten hat der oberste Gerichtshof das erstgerichtliche Urtheil in der Erwägung bestätigt, daß die Kläger die Beilage a als schriftliches Testament des M producirt und, indem sie mit den in der Klage enthaltenen Worten: daß M sie als Erben berufen habe und diese Erbseinsetzung aus dem Testamente Beilage a zu entnehmen sei, ihr Erbrecht auf diesen Beleg gründeten, denselben als giltiges Testament anerkannt haben, mithin für den gegenwärtigen Proceß jede weitere Erörterung über das Vorhandensein oder den Mangel von Förmlichkeitsgebrechen, welche der Giltigkeit des Testamentes etwa entgegenständen, fortfällt; daß nach Inhalt des producirten Testamentes der Erblasser die Verfügung: Morendo u. s. w. (wie oben) getroffen, sonach den Rückfall an die Kläger von zwei Bedingungen: Tod des Kindes und Wiederverehelichung der Witwe, abhängig gemacht hat, von denen aber nur die letztere eingetroffen ist; und daß der Zeugenbeweis der Kläger inconcludent ist, weil sie damit desfalls einen anderen Sinn feststellen lassen wollen, als welcher sich aus den Worten des von ihnen selbst producirten und, wie gesagt, ihrem Erbrechte zu Grunde gelegten schriftlichen Testamentes ergibt.

---

## Nr. 4126.

### Zuständigkeit für Klagen aus einem sowohl Bestand- als Kaufstipulationen enthaltenden „Pachtvertrage".

**Entsch. v. 14. April 1871, Nr. 4080 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 8. April 1870, Nr. 11647, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 3. Jänner 1871, Nr. 34252). Jur. Bl. 1873, Nr. 27.**

In einem „Pachtvertrag" überschriebenen Vertrage des Fabrikanten A mit dem Gutsbesitzer B wurde von dem Letzteren, 1. dem A eine Grundfläche von 2 Joch nebst einigen Gebäuden zur Anlage einer Zuckerfabrik um den jährlichen Zins von 1200 fl. verpachtet, und 2. die Verpflichtung übernommen, 300, später 400 und 500 Joch Grund mit Rüben zu bebauen und die Ernte um den Preis von 20 Kreuzer per Centner dem A zur Verarbeitung zu liefern. Nachdem in der Folge B dem A den obenerwähnten Fabriksgrund von 2 Joch und weitere 29 Joch verkauft hatte, überreichte B gegen ihn bei dem forum rei sitae — einem ungarischen Gerichte — die Klage auf Kündigung des „Pachtvertrages", A hingegen wider B bei dem Wiener Landesgerichte, als dem Personalgerichte des B, wegen unter-

bliebener Lieferung der versprochenen Rüben die Klage auf Zahlung von 51.546 fl. als Schadenersatz. Gegen die letztere Klage wurde von B die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes auf Grund des §. 1 der kais. Verordn. v. 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213 (Verfahren in Bestandstreitigkeiten), und des §. 40 a. G. O. (Litispendenz) eingewendet. — Das Gericht erster Instanz hat die Einwendung aus folgenden Gründen abgewiesen: Der von den Streittheilen geschlossene Vertrag, obgleich als Pachtvertrag bezeichnet, ist aus einem Bestandvertrage — entgeltliche Ueberlassung von Grundstücken zur Benützung — und aus einem Kauf- und Lieferungsvertrage — Herbeischaffung von Rüben für die Zuckerfabrik des Klägers — zusammengesetzt und je nachdem es sich um den einen oder den andern dieser Bestandtheile handelt, nach den darauf bezüglichen Gesetzen zu beurtheilen, wobei auch nicht außer Acht gelassen werden darf, daß durch den späteren Verkauf der in dem Vertrage verpachteten 2 Joch Fabriksgrund an A der vorzüglichste Theil der auf das Bestandverhältniß Bezug nehmenden Bestimmungen jenes Vertrages als beseitigt anzusehen ist. Da nun mit der vorliegenden Klage der Schadenersatz wegen der unterbliebenen Rübenlieferung begehrt, mithin aus dem Lieferungs-, nicht aus dem Bestandvertrage und nicht auf die Erfüllung des Vertrages, sondern auf die Entschädigung wegen dessen Nichterfüllung geklagt wurde, so kann von der Anwendung des §. 1 der kaiserl. Verordn. vom 16. November 1858, Nr. 213, auf diese Schadenersatzklage keine Rede sein und entfällt die darauf gegründete Incompetenzeinrede, da nach dem Gesagten für den vorliegenden Proceß nicht der Causalgerichtsstand der Bestandsache, sondern der allgemeine Gerichtsstand des Wohnortes gilt. Allein auch die vom Beklagten eingewendete Litispendenz ist für die Zuständigkeit nicht entscheidend. Denn einerseits erscheint der §. 40 a. G. O. als aufgehoben durch den §. 40 der späteren J. N. vom Jahre 1852, welcher dem Kläger in dem Falle der Streithängigkeit die Wahl zwischen dem Gerichte des hängenden Streites und jenem des Wohnortes frei läßt, welches Wahlrecht durch die Gestattung der im §. 40 a. G. O. normirten Einwendung vereitelt wäre, und andererseits würde hier die Einrede der Litispendenz selbst nach dem §. 40 a. G. O. deshalb nicht stattfinden, weil der bei dem ungarischen Gerichte hängende Kündigungsstreit nach dem Allegate Nr.... des Beklagten nur die das Pachtverhältniß der Parteien normirenden Bestimmungen ihres Vertrages betrifft.

In Uebereinstimmung mit der zweiten Instanz hat der oberste Gerichtshof den vorstehenden Einwendungen des Beklagten in der Erwägung Folge gegeben, daß der „Pachtvertrag" als ein Ganzes aufgefaßt werden muß, dessen Einzelstipulationen um so weniger getrennt werden können, als auch bei der Beurtheilung des materiellen Inhaltes desselben der zwischen ihnen bestehende Zusammenhang nicht

außer Acht gelassen werden dürfte; daß die Contrahenten durch die mit einem Theile des wesentlichen Vertragsinhaltes übereinstimmende Bezeichnung des Vertrages als „Pachtvertrag" stillschweigend ihren Consens zur Anwendbarkeit der gesetzlichen Rechtsfolgen in Betreff der Competenz erklärt haben; daß es daher nicht angehen kann, mit Hintansetzung der deutlichen Vorschrift des §. 1 der kais. Verordn. v. 16. November 1858, Nr. 213, die Einzelstipulationen des Vertrages nach verschiedenen Jurisdictionsgrundsätzen zu behandeln; daß endlich durch den §. 40 der J. N., worin schon dem Kläger zugestanden wird, seine Klage bei dem Gerichte anzustellen, wo eine aus der nämlichen Thatsache entsprungene Streitsache bereits anhängig ist, das dem Beklagten zustehende Recht, die Einwendung der Streithängigkeit nach §. 40 a. G. O. zur Geltung zu bringen, nicht beseitigt ist.

---

## Nr. 4127.

### Versprechen, aus einem Teiche eine gewisse Quantität Wasser per Woche abzulassen: Berechtigung des Schuldners zur freien Wahl des Wochentages.

Entsch. v. 15. April 1871, Nr. 1991 (Best. des das Urth. des B. G. Příbram v. 31. Dec. 1869, Nr. 8864, abänd. Urth. des O. L. G. Prag vom 20. Sept. 1870, Nr. 20823). G. Z. 1871, Nr. 68.

Aus dem bei der Verwaltungsbehörde errichteten und von derselben genehmigten Vergleiche der Vertretung der k. k. Bergwerke in Příbram mit mehreren Müllern vom 15. Juli 1831 ergibt sich das unbestrittene Eigenthum der genannten Bergwerke an dem von ihnen zur Deckung des eigenen Wasserbedarfes angelegten Hachofner Teich, wovon die Beklagten das für den Betrieb ihrer Mühlen abgelassene Wasser benutzten. Da sie sich wegen Unzulänglichkeit des Wasserbezugs bei der Verwaltungsbehörde beschwerten, so erklärte in dem citirten Vergleiche das Bergoberamt „aus Liebe zum Frieden, damit die Müller auch in wasserarmen Zeiten alle Wochen etwas mahlen können, in solchen Zeiten wöchentlich drei Zoll aus dem Hochofner Teich ablassen zu wollen", wornach die Müller mit einander sich zu verständigen haben werden, damit die Frucht, die sie zu mahlen haben, auf die Zeit der Ablassung sich sammle. In Folge dieser von den Müllern angenommenen Erklärung, die von der Landesstelle mit dem Beisatze genehmigt wurde, „wo diese Wasserüberlassung ohne Nachtheil für das Montanärar geschehen kann", zogen sie ihre Beschwerde zurück. Diese Ablassung von Wasser geschah übrigens schon seit vielen Jahren (noch vor der Festsetzung im Vergleiche von 1831) immer an Dinstagen; und als nun im Jahre 1862 das Bergoberamt, von solcher Uebung

abgehend, das Wasser, anstatt Dinstag, Sonntags ablieſs, traten gegen dasselbe die Müller in possessorio summariissimo auf, erstritten sich die gerichtliche Anerkennung des Besitzes des Rechtes, an jedem Dinstage drei Zoll Wasser zu beziehen und erwirkten im Jahre 1865, da das Oberamt sich nicht fügte, den executiven Auftrag an dasselbe, ihnen bei sonstiger Strafe die besagte Wassermenge allwöchentlich am besagten Tage abzulassen. Nun betrat — im Jahre 1866 — die Finanzprocuratur für den Fiscus den petitorischen Weg und verlangte in ihrer Klage gegen die Müller das Erkenntniß, daß das Přibramer Bergoberamt zur Ablassung des Wassers an jedem Dinstage nicht verpflichtet sei, sondern daß ihm die Wahl des Wochentages freistehe. Die Beklagten bestritten, daß das angesprochene Recht der Wahl des Wochentages durch den Vergleich vom Jahre 1831, worauf das Oberamt es gründete, vorbehalten worden sei und behaupteten, davon abgesehen, unter Anbietung des Zeugenbeweises die durch mehr als 40 Jahre fortgesetzte Uebung eingetretene Ersitzung des Rechtes zum Wasserbezug an jedem Dinstag. — Vornehmlich auf den Grund der Ergebnisse dieses Beweises, wornach seit länger denn 40 Jahren den Müllern das Wasser stets an Dinstagen abgelassen worden wäre, wurde in erster Instanz das Klagebegehren abgewiesen. — Das O. L. G. erkannte nach dem Klagebegehren mit der Beschränkung, daß vom Wahlrechte des Klägers die Sonn- und Feiertage ausgeschlossen bleiben. Gründe der zweiten Instanz: Der Hauptzweck der Beschwerde der Müller, welche zum Vergleiche vom Jahre 1831 führte, war auf Ablassung des Wassers im Allgemeinen, nicht auf den Tag der Ablassung gerichtet; ebenso ließ sich das Oberamt im Vergleiche nur zum wöchentlichen Ablassen des Wassers herbei, ohne sich dafür zu einem bestimmten Wochentage zu verpflichten, und zur Erfüllung der darin übernommenen Verbindlichkeit genügt das Ablassen von drei Zoll Wasser an einem Tage der Woche; es muß das Quantum von drei Zoll in der Woche abgelassen werden. Dies liegt unzweifelhaft in dem Sinne des §. 903 a. b. G. B.; denn, wurde die Erfüllung der Verbindlichkeit für jede Woche festgesetzt, so erlangen die Beklagten mit dem Anfang der Woche das Recht auf das Wasser, dem Oberamte kommt aber zur Erfüllung der Verbindlichkeit die ganze Woche zu Statten und hatte auch dasselbe seit dem Vergleiche das Wasser stets am Dinstage abgelassen, so hat es damit die Freiheit der Wahl eines anderen Tages nicht aufgegeben. Die Berufung der Beklagten auf den §. 906 a. b. G. B. ist verfehlt, weil dieser Paragraph von dem Fall handelt, wo ein Versprechen auf mehrere Arten erfüllt werden kann, während es sich um eine einzige Art der Erfüllung handelt: Ablassung von drei Zoll Wassers in jeder Woche, ohne Beschränkung auf eine bestimmte Zeit. Wo jede Woche den Zeitraum der Erfüllung der Verbindlichkeit bildet, da ist jeder Tag derselben ein Erfüllungstag und dessen Wahl im Belieben des Verpflich-

teten. Die Wahl der Leistung der alternativen Verbindlichkeiten darf eben nicht verwechselt werden mit der Wahl der Zeit zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, weil die ganze bedungene Zeit dem Verpflichteten zu Statten kommen muß. Dem Vergleiche gegenüber, wodurch die wochentliche Ablassung des Wassers, allein nicht ein bestimmter Tag dafür festgesetzt wurde, war der durchgeführte Zeugenbeweis der Beklagten ganz irrelevant; denn wäre auch, vor dem Vergleiche, das Wasser am Dinstage jeder Woche abgelassen worden und könnte in Folge dessen von einem für die Müller bestandenen Rechte auf jenen Tag die Rede sein, so hätte dasselbe in Folge des Vergleiches wieder aufgehört, sowie, wenn die Ersitzung des Rechtes auf den Dinstag vor dem Vergleiche vom Jahre 1831 nicht vollendet worden wäre, dieselbe durch den Vergleich unterbrochen worden sein würde. Insoferne aber das klagende Oberamt das Recht der Wahl für die ganze Woche und damit auch für die Sonn- und Feiertage in Anspruch nimmt, geht es zu weit, weil das Versprechen desselben in dem Vergleiche dahin lautete: den Müllern zum Betriebe ihrer Mühlen drei Zoll Wasser per Woche abzulassen und durch dieses ausgesprochene Motiv der Wasserablassung bei dem notorischen Umstande, daß die Mühlen an Sonn- und Festtagen feiern, das Wahlrecht des Oberamtes auf die übrigen Tage der Woche beschränkt wird.

Der oberste Gerichtshof bestätigte mit Bezugnahme auf die vorstehende Begründung das Urtheil des O. L. G.

---

## Nr. 4128.

### Erfolgloser Antrag auf Concurseröffnung: Anspruch auf Ersatz der Expensen des dem abwesenden Schuldner bestellten Curators durch den Antragsteller?

**Entsch. v. 18. April 1871, Nr. 4488 (Best. des Decr. des H. G. Wien vom 3. Jänner 1871, Nr. 160957, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 15. Februar 1871, Nr. 31052). G. Z. 1871, Nr. 44.**

A verlangte auf Grund eines Acceptes des B, dessen Zahlungsunfähigkeit und Vermögenslosigkeit er nachwies, und eines polizeilichen Attestes, demzufolge der Belangte seinen Aufenthalt verlassen hatte, die Eröffnung des Concurses über dessen Vermögen nach §. 64 C. O. In erster Instanz mit seinem „offenbar ungegründeten" Antrage sofort zurückgewiesen, erwirkte A im Recurswege die obergerichtliche Verordnung, daß für B ein Curator zu bestellen und sohin eine Tagsatzung nach §. 64 C. O. auf kurze Zeit anzuordnen sei. Der hierauf bestellte Curator hielt es für seine Pflicht, die Unzulässigkeit des gegnerischen Antrages darzuthun, indem er auf die Norm des §. 66 C. O.

und darauf hinwies, das besondere Nachtheile, welche aus der Aussetzung der Concurseröffnung für die Gläubiger erwachsen würden, nicht einmal erwähnt, geschweige denn erwiesen, beim gänzlichen Mangel eines Vermögens aber auch nicht denkbar seien (§. 64 ibid.) — Diese Gründe bestimmten das Gericht erster Instanz zur Abweisung des Antrages auf Concurseröffnung — jedoch mit gegenseitiger Aufhebung der Kosten der gepflogenen Verhandlung, wogegen der Curator recurrirte, welcher in dieser Sache oftmals zu Tagfahrten erscheinen mußte und seinen Anspruch auf den Ersatz der ihm erwachsenen Kosten seitens des anbringenden Gläubigers für um so begründeter hielt, je grundloser des Letzteren Antrag auf Concurseröffnung war. — Das O. L. G. entschied, daß A dem Curator die Verhandlungskosten im Betrage von 20 fl. binnen drei Tagen bei Execution zu vergüten habe, weil der Kläger die gesetzlichen Bedingungen zur Concurseröffnung nicht nachzuweisen vermochte und daher in Gemäßheit des §. 398 a. G. O. als sachfällig dem Gegentheile zum Ersatze der Kosten verpflichtet sei.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz, weil A sein Concurseröffnungsbegehren auf eine glaubwürdige Bescheinigung seiner Forderung und auf eine amtliche Bestätigung über die Entfernung des Schuldners aus seinem Wohnorte und über das Unbekanntsein seines dermaligen Aufenthaltes gestützt, auch über seine Zahlungsunvermögenheit hinlängliche Belege beigebracht, unter diesen Umständen zur Befürchtung, daß die Aussetzung der Concurseröffnung die Gläubiger noch mehr benachtheiligen könnte, genügenden Grund und somit zu dem gestellten Begehren auch hinlänglichen Anlaß gehabt, das O. L. G. selbst zufolge seiner früheren Verordnung (Aufstellung des Curators u. s. w.) das Begehren nicht als ein unbegründetes erkannt hat, dem A übrigens nicht zugemuthet werden konnte, über den Vermögensstand seines Gegners weitere Nachweisungen zu liefern, demnach, mit Rücksicht auf alle diese Umstände, genügender Grund zur gegenseitigen Aufhebung der Kosten der Verhandlung über das Begehren um die Concurseröffnung vorhanden war.

---

## Nr. 4129.

### Förmlichkeiten beim Begehren der Vertretungsleistung.

**Entsch. v. 18. April 1871, Nr. 4589 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 7. Jänner 1871, Nr. 1330, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 8. Februar 1871, Nr. 2356). G. H. 1871, S. 170.**

Mittelst eines bei dem Proceßgericht angebrachten Gesuches forderte B den C auf, ihm gegen die Klage Vertretung zu leisten, mit welcher B von A belangt worden war. — Das Gericht wies dieses

Gesuch zurück, weil über die Frage: ob die Vertretung statt habe oder nicht, nach §. 60 a. G. O. und Hofdcr. vom 7. October 1808, J. G. S. Nr. 864, ein Rechtsstreit zulässig ist, dem Gegner das Anbringen allfälliger Einwendungen offen gelassen werden muß, daher das Begehren um die Vertretungsleistung nur in der Form einer Klage vorgebracht werden kann. — Das O. L. G. verordnete die Zustellung des Gesuches zur Kenntnißnahme an C, welcher dagegen den Revisionsrecurs ergriff und anführte, daß der oberste Gerichtshof am 12. Juli 1859, Nr. 7906 (Sammlung Nr. 831), bereits entschieden habe, daß die Aufforderung zur Vertretungsleistung nur mittelst Klage vorgebracht werden könne; daß die Aufforderung in der Form eines einfachen Gesuches keine Möglichkeit biete, Einwendungen dagegen anzubringen und die gerichtliche Entscheidung zu provociren; daß das vorliegende Gesuch auch nach seinem Inhalte zur aufrechten Erledigung nicht geeignet sei, weil sich aus demselben nicht ergebe, worauf B den Anspruch auf die Leistung der Vertretung stützen will und was der Sinn und Umfang der angeblichen Verbindlichkeit zur Vertretungsleistung sein soll.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs. Gründe: Wenn gleich das Begehren um die Vertretung, wenn der darum Angegangene dazu sich nicht herbeiläßt, gegen ihn allerdings nur im ordentlichen Rechtswege angebracht werden kann, so schließt dies die Zulässigkeit des Vorganges nicht aus, daß Derjenige, welcher sich für berechtigt hält, von einem Dritten die Vertretung zu begehren, denselben von der Aufforderung hiezu gerichtlich verständigen lasse, um sich den Nachweis der Aufforderung zu verschaffen, den Gegner zur freiwilligen Uebernahme der Vertretung oder zur Abgabe der verweigernden Erklärung zu bestimmen und sich auf diese Weise in die Lage zu versetzen, die ordentliche Klage auf Vertretung anzustellen. Weder aus dem §. 60 a. G. O., noch aus dem Hofdcr. vom 7. October 1808, Nr. 864, kann die Gerichtsordnungswidrigkeit einer solchen gerichtlichen Verständigung des Gegners von der Aufforderung zur Vertretungsleistung abgeleitet werden; und was C in seinem Revisionsrecurse gegen das Vertretungsleistungsbegehren selbst vorgebracht hat, kommt, da das Gericht bei der Erledigung des Gesuches um dessen Verständigung auf die Untersuchung der Grundhältigkeit des Vertretungsbegehrens offenbar nicht einzugehen hatte, hier noch gar nicht in Betracht, sondern mag von C als Einwendung dann vorgebracht werden, wenn er auf gerichtsordnungsmäßigem Wege um die Vertretung belangt sein wird.

---

## Nr. 4130.

### Contumacirung wegen mangelnder Vertretungsbefugniß des erschienenen Vertreters.

**Entsch. v. 18. April 1871, Nr. 4590 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 12. Jänner 1871, Nr. 146581, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien vom 8. Februar 1871, Nr. 2361). G. H. 1871, S. 158.**

Auf die Klage des **A** gegen **B** wurde der Termin zur Verhandlung mit dem Beisatze anberaumt, daß die Parteien, von Advocaten vertreten, dabei zu erscheinen haben. Der Kläger kam dieser Aufforderung nach; der Beklagte hingegen blieb aus und an seiner Stelle erschien ein Privatagent, als dessen angeblicher, allein nicht ausgewiesener Bevollmächtigter, welcher um Erstreckung der Tagfahrt bat. Diesem Begehren widersetzte sich der Vertreter des Klägers und verlangte die Fällung des Urtheiles in contumaciam des Beklagten. — Das Gericht erster Instanz bewilligte die Erstreckung der Tagfahrt, weil für den Beklagten ein immerhin ungeeigneter Vertreter zur Tagfahrt gekommen war, mithin, bei dem Mangel einer ein solches Erscheinen dem völligen Ausbleiben gleichsetzenden Sanction im Klagebescheide, der Beklagte als von der Tagfahrt weggeblieben rechtlich nicht angesehen werden könne. — Das O. L. G. verordnete die Fällung des Urtheils.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Decret der zweiten Instanz, weil nach der deutlichen Absicht der Vorschrift des Hofdcr. v. 10. Mai 1784, J. G. S. Nr. 285, das Ausbleiben des Beklagten von der auf die Einredefrist ausgesetzten Tagfahrt die im §. 29 a. G. O. bezeichnete Folge hat und weil die Partei, für welche nur ein unzulässiger Vertreter erschien, um so mehr als ausgeblieben zu betrachten ist, wenn ihr in dem Klagebescheide ausdrücklich bedeutet worden war, daß sie sich durch einen Advocaten zu vertreten lassen habe.

---

## Nr. 4131.

### Aufnahme und Verbücherung eines Darlehens durch einen Minderjährigen: Convalidirung desselben durch Unterlassung des Widerspruches gegen die Eintragung seitens des großjährig Gewordenen.

**Entsch. v. 19. April 1871, Nr. 12040 (Best. des das Urth. des B. G. Auspitz v. 15. Juli 1870, Nr. 1596, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn v. 30. August 1870, Nr. 11187). G. H. 1872, S. 391.**

Im Jahre 1843 hatte der damals minderjährige **B** von **M** ein Darlehen von 43 fl. genommen und auf seiner Liegenschaft pfand-

rechtlich sichergestellt. Nach dem Tode des M wurde dessen Nachlaß im Jahre 1864 der A als Erbin eingeantwortet, die gegen den — inzwischen majorenn gewordenen — B für die besagten 43 fl. die Zahlungsauflage erwirkte. B bestritt dieselbe unter Anderem wegen seiner Minderjährigkeit zur Zeit der Aufnahme des Darlehens und der Ausstellung des Schuldscheines. — Das Gericht erster Instanz ging darauf ein und hob den Zahlungsauftrag auf.

Von dem obersten Gerichtshofe wurde in Uebereinstimmung mit der zweiten Instanz die erwähnte Einwendung des B zurückgewiesen. Gründe: War auch die von B übernommene Verbindlichkeit zur Zeit der Ausstellung des Schuldscheines rechtsunwirksam, so konnte sie nach eingetretener Eigenberechtigung desselben durch seine ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung convalidirt werden. Als eine stillschweigende Anerkennung aber ist es nach dem Hofdcr. v. 29. August 1818, J. G. S. Nr. 1488 und §. 1494 a. b. G. B. anzusehen, wenn der Beklagte nach der im Jahre 1848 erreichten Großjährigkeit unterlassen hat, die Giltigkeit der auf seiner Liegenschaft versicherten Forderung zu bestreiten, und das der Klägerin aus der Einantwortung der Forderung erwachsene Recht ist nunmehr gegen jeden Widerspruch geschützt.

---

## Nr. 4132.

### Executive Einverleibung der Verurtheilung zur Rechnungsablage.

**Entsch. v. 19. April 1871, Nr. 3321 (Best. des das Decr. des K. G. Stanislau v. 30. April 1870, Nr. 5144, theilweise abänd. Urth. des O. L. G. Lemberg v. 20. Oct. 1870, Nr. 28442). G. H. 1871, S. 270.**

In Vollstreckung des Urtheiles, wodurch dem Kläger A das Eigenthum von zwei Dritteln des vom Beklagten B besessenen Gutes N zuerkannt und dem Letzteren die Ablage der Rechnung über die von ihm während seines Besitzes bezogenen Früchte des dem Kläger zugesprochenen Gutsantheiles binnen dreißig Tagen unter Androhung einer Geldstrafe aufgetragen wurde, begehrte A 1. die Extabulation des grundbücherlichen Eigenthumes des B an den zwei Dritteln und 2. die Intabulation, im Lastenstande des letzten Gutsdrittels, der urtheilsmäßigen Verbindlichkeit des B zur Rechnungsablage. Das im ersten Punkte von beiden Untergerichten bewilligte Gesuch wurde in dem zweiten Punkte von der ersten Instanz abgewiesen, weil die Verpflichtung zur Rechnungslegung nicht nach den §§. 421 und 426 westg. G. O., sondern nur nach den §§. 409 und 410 ibid. (Leistung einer Arbeit) exequirt werden könne, — wogegen das O. L. G. dem Gesuche mit Berufung auf die §§. 396, 421 und 426 westg. G. O. auch in diesem Punkte stattgab.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die abändernde Entscheidung der zweiten Instanz, weil durch die von A begehrte Intabulation eben das Pfandrecht für die aus der abzulegenden Rechnung etwa sich ergebende Ersatzschuldigkeit des B erwirkt werden soll, die im Urtheile enthaltene Strafandrohung aber nur den Zweck verfolgt, die Ablegung der Rechnung zu erzwingen.

---

## Nr. 4133.

### Sequestration streitiger Sachen: Verpflichtung zur Herausgabe derselben; Androhung von Geldstrafen zu deren Erzwingung; Vollstreckung des noch nicht rechtskräftigen Sequestrationsbescheides.

**Entsch. v. 19. April 1871, Nr. 4905 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 5. April 1871, Nr. 41804, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 12. April 1871, Nr. 7170). G. Z. 1871, Nr. 54.**

Nachdem dem A die Sequestration der von ihm als sein Eigenthum in Anspruch genommenen, in den Händen der Firma B & C befindlichen Waaren im Facturawerthe von 881 fl. gegen eine Caution von 300 fl. bewilligt worden war, begehrte er die Erlassung des gerichtlichen Auftrages an B & C zur Ausfolgung der Waaren, deren Herausgabe die Firma verweigert hatte, unter Androhung einer Geldstrafe. — Dieses Gesuch wurde in erster Instanz wegen noch nicht eingetretener Rechtskraft der von B & C angefochtenen Sequestrationsbewilligung abgewiesen. — Das O. L. G. erließ den verlangten Auftrag mit Androhung der Geldstrafe von 500 fl., in der Erwägung, daß A die Caution per 300 fl. bereits erlegt hat, daher auch auf den Vollzug dieser Sequestrationsbewilligung mittelst der geeigneten Zwangsmaßregeln bringen kann, ohne erst die Rechtskraft des Sequestrationsbescheides abwarten zu müssen, was nicht nur der Natur einer mittlerweiligen Vorkehrung, sondern auch dem Hofdcr. vom 2. März 1799, J. G. S. Nr. 459, entgegen wäre, wonach Recurse nur in so ferne eine Suspensivkraft haben, als hiedurch der günstige Erfolg des Recurses vereitelt würde, welcher Fall hier nicht eintritt. — In dem dagegen ergriffenen Revisionsrecurse wurde bemerkt, daß, wenn nach dem Hofdcr. vom 31. October 1800, J. G. S. Nr. 512, durch den Recurs die Sequestration „in der Regel" nicht gehemmt wird, von der Regel eben eine Ausnahme zuläßig sei. Die Suspensivwirkung der Recurse sei durch das Hofdcr. v. 2. März 1799, Nr. 459, ausgeschlossen, weil durch dieselbe ein keinen Ersatz zugebender Nachtheil erwachsen würde. Dies sei vorliegend nicht der Fall, weil dem Kläger immer freistehe, von dem im §. 378 a. b. G. B. eingeräumten Rechte

Gebrauch zu machen. Es wurde weiters erinnert, daß die Sequestrationsbewilligung nicht auf Ausfolgung der Waare laute, daß die Geklagten nur durch ein rechtskräftiges Urtheil angehalten werden könnten, Waaren an den Kläger auszufolgen, die Vollziehung eines solchen Urtheiles aber einen Executionsact bilden würde, der nur nach den §§. 305 und 306 a. G. O. vorgenommen werden könnte. Nur nach §. 310 a. G. O. stehe es in der Macht des Civilrichters, Geldstrafen über einen Streittheil zu verhängen; dieser Fall liege jedoch nicht vor, da den Recurrenten durch die dem Kläger bewilligte Sequestration eine Leistung nicht aufgetragen worden sei.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs in der Erwägung, daß der Sequestrationswerber die Caution, gegen welche die Sequestration bewilligt wurde, bereits erlegt hat; daß der Recurs gegen die Sequestrationsbewilligung nach der Beschaffenheit des Falles hier keine aufschiebbare Wirkung haben kann; daß mit der nach §. 293 a. G. O. erfolgten Bewilligung der Sequestration zugleich die Verbindlichkeit der Recurrenten zur Herausgabe der zu sequestrirenden Waaren ausgesprochen ist, und daß bei der sowohl vom bestellten Sequester, als vom Sequestrationswerber angezeigten, im vorliegenden Revisionsrecurse ihre Bestätigung findenden Weigerung der Recurrenten, die zugegebenermaßen in ihren Händen gewesenen Waaren, wofür sie nach §. 378 a. b. G. B. zu haften hätten, die mit Strafandrohung verbundene Betreibung zu deren Ueberlassung an den bestellten Sequester als ein gesetzliches Mittel zur Durchführung der gerichtlich bewilligten mittlerweiligen Vorkehrung sich darstellt. Zugleich wurde von dem obersten Gerichtshofe die angedrohte Strafe wegen beharrlicher Weigerung der Geklagten für verfallen erklärt und eine weitere Geldstrafe von 800 fl. angedroht.

---

## Nr. 4134.

### Actio confessoria: außerbücherliche Ersitzung einer Servitut. Unanwendbarkeit des §. 1500 a. b. G. B. auf offenbare Servituten.

**Entsch. v. 20. April 1871, Nr. 1603 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Brünn v. 29. Juli 1870, Nr. 1663 und des O. L. G. Brünn vom 25. Oct. 1870, Nr. 13638). G. Z. 1871, Nr. 72.**

In der Scheidemauer, welche den Garten des Hauses Nr. 38a in der Vorstadt Dornich von Brünn von dem Hofe der Mahlmühle Nr. 39 trennt, ist eine Thür angebracht, wodurch die Besitzer von Nr. 38a in den Hofraum von Nr. 39 kommen, um sodann durch die Einfahrt von Nr. 39 auf eine bestimmte Straße der Vorstadt zu gelangen. B, seit Kurzem der Eigenthümer von Nr. 39, beabsichtigte die

Verbauung der besagten Thür; dagegen erhoben die Nachbarn A, Eigenthümer von Nr. 38a, Einsprache, wurden von B mit der Aufforderungsklage belangt und traten in Folge dessen im Jahre 1867 gegen ihn mit der confessorischen Klage auf, worin sie, gestützt auf die Ersitzung der im Grundbuche nicht eingetragenen Servitut des Durchganges das Erkenntniß forderten, daß ihnen als Besitzer von Nr. 38a die Servitut zustehe, B als Besitzer von Nr. 39 schuldig sei, ihr Dienstbarkeitsrecht anzuerkennen und den beabsichtigten Bau zu unterlassen. Die entscheidenden Fragen waren: ob der Beklagte auf den §. 1500 a. b. G. B. sich desfalls berufen könne und ob der von den Klägern durch Zeugen geführte Beweis der Rechtsersitzung erbracht worden sei. — Das Gericht erster Instanz hat, indem es die erste Frage verneinte und die zweite bejahte, dem Klagebegehren aus folgenden Gründen stattgegeben: Mit dem §. 1500 a. b. G. B. kann B sich deshalb nicht vertheidigen, weil zur Zeit, als er die Mühle Nr. 39 kaufte, ihm die Thür in der Scheidemauer auffallen mußte und, wie er selbst zugestand, in der That auffiel, so daß er nicht mehr behaupten kann, durch den Grundbuchsstand irregeführt worden zu sein. Was aber die Ersitzung anbetrifft, so ist durch die übereinstimmenden Aussagen von einer Reihe von Zeugen, und zwar für jeden Zeitraum durch eine Mehrheit von Zeugen festgestellt, daß seit 1833 bis auf die Zeit der Klage herab die früheren Eigenthümer von Nr. 38a, die Kläger selbst sowie die sonstigen Bewohner des Hauses (Bedienstete und Miether) und die Besucher desselben, die Thür in der Scheidemauer zu dem bezeichneten Durch- und Uebergang regelmäßig benützt haben, daß mithin durch mehr als dreißig Jahre das Recht des Durchganges, welches nicht nur das Befugniß eigener Benützung des Weges, sondern auch das Recht, andere Personen auf demselben zu sich kommen zu lassen, einschließt (§. 492 a. b. G. B.), ununterbrochen theils von den Klägern, theils von ihren Vorfahren, selbst oder in ihrer Stellvertretung durch Andere, ausgeübt worden ist. Da nun die Angabe eines rechtmäßigen Titels im Falle des §. 1477 a. b. G. B. gar nicht gefordert, übrigens die Rechtmäßigkeit des Besitzes nach §. 323 a. b. G. B. bis zu dem hier nicht gelieferten Beweis des Gegentheiles vermuthet wird, die Unredlichkeit des Besitzes von den Beklagten nicht behauptet wurde und dessen Echtheit durch die Aussagen der Zeugen bestätigt worden ist, wornach der Durchgang stets auf eine Art benutzt wurde, daß er auf Seite der Mühle Nr. 39 beobachtet werden mußte, — wovon auch nur ein Blick auf den klägerischen Situationsplan überzeugt — und dennoch von dieser Seite her niemals ein Einspruch erhoben wurde, die Besitzer der Mühle häufigst die durchgehenden Personen sahen und dabei mit ihnen verkehrten, übrigens auch in dieser Richtung dem Beklagten der Beweis obgelegen wäre, daß er oder seine Besitzvorfahren sich der Ausübung der Servitut widersetzt haben; da ferner die Kläger berechtigt sind, die Ersitzungszeit ihrer Vorfahren sich einzurechnen (§. 1493

a. b. G. B.), so haben sie das bestrittene Dienstbarkeitsrecht ersessen und waren befugt, dessen Anerkennung von Seite des Beklagten und die Untersagung der die Ausübung der Servitut unmöglich machenden Bauführung zu verlangen. — Das O. L. G. traf die gleiche Entscheidung mit Bezugnahme auf die erstgerichtlichen Motive und mit dem gegen die Berufung des Beklagten auf §. 1500 zielenden Beisatz, daß derselbe nach seinem eigenen Geständnisse noch vor dem Ankaufe der Realität Nr. 39 auf die in Rede stehende Ausgangsthür von Nr. 38a aufmerksam gemacht wurde, bei dieser Gelegenheit von dem Verkäufer erfuhr, daß die (früheren) Besitzer von Nr. 38a die Thür zum Zwecke des Durchganges zu dem Hofraume von Nr. 39 angebracht hatten, daß mithin der Beklagte, obgleich keineswegs darüber in Unkenntniß, daß die Kläger die Servitut ausüben und besitzen durften, dessen ungeachtet die Realität Nr. 39 gekauft hat.

Mit Beziehung auf die oberlandesgerichtlichen Gründe hat der oberste Gerichtshof die a. o. Revisionsbeschwerde des Beklagten verworfen.

---

## Nr. 4135.

### Anspruch der ehemaligen Grundobrigkeit auf Ersatz des seit 1848 zur Schulbeheizung gelieferten Holzes?

**Entsch. v. 20. April 1871, Nr. 2261 (Best. des das Urth. des K. G. Pilsen v. 18. Mai 1869, Nr. 2303, abänd. Urth. des O. L. G. Prag vom 7. Nov. 1870, Nr. 36685). G. Z. 1871, Nr. 77.**

In einem ähnlichen Processe, wie der mit Urtheil des obersten Gerichtshofes vom 12. Mai 1868, Nr. 3341 entschiedene Rechtsstreit (Sammlung Nr. 3629), wurde vom Gutsbesitzer gegen die Gemeinde der Anspruch auf Ersatz des Werthes der g a n z e n Quantität des von 1850 bis 1864 gelieferten Schulholzes gestellt und vom obersten Gerichtshofe abgewiesen, weil für zwei Drittel die Gemeinde nach dem Gesetze (Schulverfassung §. 391 und 392) dem Dominium und Patron überhaupt nicht ersatzpflichtig ist und weil, was das letzte Drittel anbelangt, der Werth desselben vom Kläger nicht berechnet und von ihm auch nicht die gesetzliche Voraussetzung der Pflicht der Gemeinde zu dessen Vergütung, nämlich daß sie selbst nutzbare Wälder besitzt, nachgewiesen wurde, mithin dem Kläger nach keiner Richtung der §. 1042 a. b. G. B. zu statten kommt.

---

## Nr. 4136.

### Versehen des Richters betreffs der Antretung und Rückschiebung von Eiden.

Entsch. v. 25. April 1871, Nr. 4854 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Mariahilf in Wien v. 24. Jänner 1871, Nr. 18907 und des O. L. G. Wien v. 15. März 1871, Nr. 5148). G. H. 1871, S. 238.

Von dem Kläger, welchem in dem Urtheile drei Haupteide rückschiebbar aufgetragen worden waren, wurden die Eide 1 und 2 angetreten und der Eid 3 dem Beklagten zurückgeschoben, welcher einige Tage nachher alle drei Eide in der Voraussetzung, daß deren Zurückschiebung erfolgt sei, antrat und von dem Proceßgerichte mit dieser Eidesantretung auf jene des Klägers verwiesen wurde. Nun überreichte der Beklagte ein zweites Gesuch, worin er das Gericht auf den im Bescheide unterlaufenen Verstoß — da der Eid 3 von dem Kläger zurückgeschoben worden war — aufmerksam machte und um Anordnung der Tagfahrt zur Ablegung dieses Eides bat. Das Gericht erkannte das Versehen und erließ einen zweiten Bescheid, mit welchem es in neuerlicher Erledigung der Eidesantretung des Beklagten dieselbe in Betreff der Eide 1 und 2 auf die Antretung des Klägers verwies und zur Ablegung des Eides 3 durch den Beklagten Tagfahrt anberaumte. — Der Kläger recurrirte gegen diesen Bescheid, der von dem O. L. G. bestätigt wurde.

Darauf ergriff der Kläger den a. o. Revisionsrecurs, welchen der oberste Gerichtshof aus folgenden Gründen abwies: Aus dem offenbaren Versehen des Proceßrichters, welcher die Eidesantretung des Beklagten auch in Betreff des von dem Kläger ihm zurückgeschobenen Eides 3 auf die Eidesantretung des Letzteren verwies, konnte weder dem Kläger ein Recht erwachsen, noch dem Beklagten das Recht, zur Ablegung dieses Eides zugelassen zu werden, verloren gehen. Daher konnte dem Beklagten, obgleich er veranlaßt und berechtigt gewesen wäre, gegen den auf jenem Verstoße beruhenden Bescheid des Proceßrichters den Recurs zu ergreifen, nicht verwehrt sein, das mit der rechtzeitigen Antretung des ihm zurückgeschobenen Eides erworbene Recht auf anderem Wege, nämlich dadurch zur Geltung zu bringen, daß er, in einer neuen Eingabe auf den Verstoß hinweisend, den Richter zur Anordnung einer Tagfahrt behufs Ablegung des ihm zurückgeschobenen Eides, d. i. zu jener Verfügung bestimmte, die der wirklichen Sachlage entsprach. Es kann mithin in dieser neuen Verfügung des Richters und in der Bestätigung derselben durch das Obergericht eine Nichtigkeit oder offenbare Ungerechtigkeit (Hofdcr. vom 15. Februar 1833, J. G. S. Nr. 2593), nicht gefunden werden.

---

## Nr. 4137.

### Eröffnung des kaufmännischen Concurses über einen Cridar, der sein Geschäft aufgegeben hat.

**Entsch. v. 25. April 1871, Nr. 5046 (Best. der gleichförmigen Decr. des H. G. Prag v. 11. März 1871, Nr. 15191 und des O. L. G. Prag v. 12. April 1871, Nr. 12046). G. H. 1871, S. 218.**

Gegen den Kaufmann B begehrte und erwirkte sein Gläubiger A bei dem H. G. (§. 193 C. O.) die Eröffnung des kaufmännischen Concurses zu einer Zeit, als die Firma des B in dem Handelsregister schon gelöscht war. Dagegen beschwerte sich B, indem er anführte, daß nach §. 191 C. O. die Vorschriften über den kaufmännischen Concurs nur auf jene Kaufleute Anwendung haben, deren Firma in dem Handelsregister eingetragen ist, und daß, wenn nach §. 192 C. O. diese Vorschriften auch auf den Fall anzuwenden sind, wenn die Concurseröffnung erst nach dem Zeitpunkte erfolgt, in welchem der Kaufmann sein Geschäft aufgegeben hat, sofern der Concurs noch vor Beendigung der Liquidation eröffnet wird, er in diesem Falle sich nicht befinde, weil er sein Handelsgeschäft nicht aufgegeben, sondern das Waarenlager seiner Gattin, die ihn gepfändet, zur Vermeidung weiterer Executionen abgetreten habe.

Der oberste Gerichtshof ging auf diese Ausführungen nicht ein, „weil der Handelsmann, der sein Geschäft einem Anderen abtritt, jedenfalls damit die eigene Geschäftsführung aufgibt und sich durch die Abtretung eben so wenig, als durch das einfache Aufgeben des Geschäftes den Folgen seiner Zahlungsunfähigkeit entziehen kann."

---

## Nr. 4138.

### Summarischer Besitzproceß: Erforderniß und Voraussetzung eines Rechtsbesitzes.

**Entsch. v. 25. April 1871, Nr. 5065 (Best. des Decr. des B. G. der innern Stadt Wien v. 5. März 1871, Nr. 8981, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 6. April 1871, Nr. 6576). Jur. Bl. 1872, Nr. 4.**

Der Goldarbeiter A hatte im Jahre 1864 an dem von ihm bewohnten Hause mit Gestattung des Hauseigenthümers B eine Annoncetafel angeschlagen; im Jahre 1871 ließ B dieselbe gegen den Willen des A herabnehmen und wurde deshalb von dem Letzteren in possessorio summariissimo wegen Besitzstörung belangt. — Dem in erster Instanz abgewiesenen Begehren hat das O. L. G. aus folgenden Gründen stattgegeben: Aus dem (obigen) Sachverhalt ergibt sich, daß A im thatsächlichen Besitze des Rechtes ist, die Tafel an dem Hause

des B anzuheften. In diesem Besitze muß aber A nach §. 339 a. b. G. B. geschützt werden, wenn ihm auch nur aus Gefälligkeit die Benutzung des Hauses gestattet ward, — um dem eigenmächtigen Vorgehen des B gegenüber nicht schutzlos gestellt zu sein.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil in der Erwägung, daß man in den Besitz von Rechten durch den Gebrauch derselben in eigenem Namen gelangt; daß daher, um den Besitz eines Rechtes zu erwerben, der Inhalt desselben mit dem Willen ausgeübt werden muß, ein zuständiges Recht auszuüben; daß aber dieser Fall hier nicht eingetreten ist, da der Kläger die Tafel in Folge der von ihm erbetenen Bewilligung des B angeschlagen hat, mithin weder von der einen Seite etwas als ein Recht gefordert, noch von der anderen Seite als Pflicht gestattet wurde, und die Gestattung einer Handlung aus bloßer Gefälligkeit keinen Besitz begründet.

---

## Nr. 4139.

### Voraussetzungen der separatio bonorum.

**Entsch. v. 26. April 1871, Nr. 4884 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. der innern Stadt Wien v. 12. Februar 1871, Nr. 5507 und des O. L. G. Wien v. 1. März 1871, Nr. 4259). G. Z. 1871, Nr. 63. Zeitschr. für das Notariat 1871, Nr. 23.**

Gegen die B, welche nach dem Tode ihres Gatten M das ihnen beiden in Folge der geschlossenen allgemeinen Gütergemeinschaft zusammen eigenthümliche Vermögen im Besitz hatte und zugleich bezüglich der Erbschaft ihres Gatten mit dessen Verwandten als Miterbin aufgetreten war, begehrte der Erbschaftsgläubiger A die Absonderung der Erbschaft.

Sein von beiden Untergerichten bewilligtes Gesuch wurde von dem obersten Gerichtshofe in der Erwägung abgewiesen, daß die von ihm zum Nachlasse des M angemeldete Forderung pr. 3150 fl. von der B laut ihrer gerichtlich abgegebenen Aeßerung nicht als liquid anerkannt wurde; daß in Folge dieser Aeußerung A wegen Liquidhaltung der Forderung die Klage überreichte, worüber das Verfahren im Appellationszuge anhängig ist; daß somit A derzeit nicht als Gläubiger des Nachlasses des B legitimirt ist; daß nach §. 812 a. b. G. B. nur die Erbschaft Gegenstand der Absonderung von dem Vermögen des Erben ist; daß das Gericht erster Instanz wegen der zwischen dem Erblasser M und seiner Witwe B bestandenen Gütergemeinschaft und bei dem Umstande, daß deshalb in dem Nachlaßinventar das gemeinschaftliche Vermögen cumulativ verzeichnet ist, zur Ermittlung des Objectes der angesuchten Absonderung die Verhandlung eingeleitet hat, welche aber nicht derart zu Ende geführt wurde,

daß dadurch die Erbschaft und somit der Gegenstand der Absonderung außer Zweifel gestellt wäre; daß mithin die Bedingungen des §. 812 a. b. G. B. nicht vorhanden sind.

---

## Nr. 4140.

### Mehrheit von Gläubigern als Voraussetzung der Eröffnung des kaufmännischen Concurses wegen Zahlungseinstellung?

**Entsch. v. 26. April 1871, Nr. 4971 (Best. des das Decr. des H. G. Prag v. 9. Februar 1871, Nr. 4255, abänd. Decr. des O. L. G. Prag vom 27. März 1871, Nr. 10985). G. H. 1871, S. 243.**

Das Gesuch des A um Eröffnung des kaufmännischen Concurses gegen den protokollirten Handelsmann B wurde nach vorgängiger Verhandlung von dem Gerichte erster Instanz abgewiesen, weil A auf den Widerspruch des B den Beweis, daß der Letztere noch andere Gläubiger habe, nicht geliefert hat, nach der klaren Bestimmung des §. 66 Alinea 1 der C. O. aber der Concurseröffnung nicht statt zu geben ist, wenn es sich schon bei der Schlußfassung über den Antrag auf Concurseröffnung zeigt, daß nur Ein persönlicher Gläubiger vorhanden ist. — Das O. L. G. verordnete die Concurseröffnung, weil zur Verhängung des kaufmännischen Concurses nach §. 198 C. O. es in allen Fällen hinreicht, daß das Gericht durch den mit ausreichenden Beweisen unterstützten Antrag Eines Gläubigers, der seine Forderung glaubwürdig bescheinigt, von der erfolgten Zahlungseinstellung Kenntniß erlangt, ohne daß der Nachweis des Vorhandenseins einer Mehrheit von Gläubigern, wie der §. 66 C. O. für die Fälle der §§. 62—64 ibid. vorschreibt, gefordert werden könnte, zumal das amtliche Einschreiten (mittelst der Concurseröffnung) wegen der Sicherstellung der entfernten Gläubiger, wenn sie auch noch nicht klagend aufgetreten sind, als nothwendig erscheint.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung der zweiten Instanz in Erwägung, daß die Zahlungseinstellung des B, da sein Gläubiger A ungeachtet der gegen ihn erwirkten Execution die Zahlung nicht erlangen kann und B selbst in der Verhandlung zugestand, dermalen nicht zahlen zu können, thatsächlich vorhanden und die einfache Behauptung des B, daß A sein einziger Gläubiger sei, als glaubwürdig dargethan nicht anzusehen ist.

---

## Nr. 4141.

### Uebernahme einer Bürgschaft durch Erklärung: „für den Käufer zu stehen“.

Entsch. v. 27. April 1871, Nr. 807 (Best. des das Urth. des B. G. Königgrätz v. 14. Juni 1870, Nr. 3612, abänd. Urth. des O. L. G. Prag vom 11. Oct. 1870, Nr. 32968). G. H. 1871, S. 242.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil, wodurch dem in erster Instanz unbedingt abgewiesenen Klagebegehren des A gegen B auf Zahlung einer von B verbürgten Waarenverkaufsforderung des Klägers bei C unter der Bedingung eines Haupteides stattgegeben wurde, mit folgender Motivirung: Wenn der Kläger A den vom O. L. G. hierüber zugelassenen Beweis erbringt, daß sein Buchhalter D an den Beklagten B die Frage richtete, ob er dem Neffen desselben C Waaren geben könne, ob er für C bürge, und wenn dieser nicht zahlt, seine Schuld für ihn berichtigen werde, so erscheint die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung der von C in der That nicht getilgten Waarenkaufsschuld vollständig gerechtfertigt, weil unter der Voraussetzung dieser Frage, die vom Beklagten eingestandenermaßen gegebene Antwort: „ich stehe für ihn“ nicht anders denn als die Uebernahme einer Bürgschaft, der Verpflichtung, die Schuld des C, wenn er nicht zahlt, zu berichtigen, ausgelegt werden kann, da der Beklagte, wenn er diese Verbindlichkeit nicht übernehmen wollte, auf die bestimmte Frage eine verneinende Antwort, statt der von ihm gegebenen bejahenden, ertheilen mußte.

---

## Nr. 4142.

### „Schuldlosigkeit“ als Voraussetzung der Rückforderung des doppelten Angeldes.

Entsch. v. 27. April 1871, Nr. 2726 (Best. des das Urth. des B. G. Mötting v. 20. Nov. 1870, Nr. 6187, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 28. Dec. 1870, Nr. 15698). G. Z. 1871, Nr. 69.

Der Klage des Weinkäufers A wider den Verkäufer B auf Zahlung des doppelten Betrages des von A dem B gegebenen Angeldes wegen unterbliebener Vertragserfüllung wurde in erster Instanz vollständig, vom O. L. G. nur zum Theil durch Verurtheilung des B zur Zahlung des einfachen Angeldes stattgegeben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte aus folgenden Gründen das Urtheil der zweiten Instanz: Durch den auf Antrag des Klägers geführten Zeugenbeweis ist dargethan, daß zur Abholung des gekauften Weines durch den Kläger eine bestimmte Zeit nicht festgesetzt wurde,

daß aber derselbe versprach, den Wein „in Kürze" abzuholen. Ferners hat der Kläger nicht geleugnet und ein Zeuge bestätigt, daß der Beklagte beim Abschluß des Kaufes wegen schleuniger Abnahme des Weines erklärte, dringend Geld zu brauchen, daß somit die Anforderung des Beklagten auf schnelle Uebernahme des Weines gerichtet war. Mit Rücksichtnahme auf diese Umstände und in Anbetracht, daß der Kläger erst nach 14 Tagen den Fuhrmann zur Empfangnahme des Weines abgesendet und durch diese Verspätung selbst dem Beklagten (welcher damals den Wein nicht mehr zur Verfügung hatte) zur Nichterfüllung des Vertrages Anlaß gegeben hat, kann im Hinblick auf die §§. 904 (Vertragserfüllung bei nicht bestimmter Zeit: „ohne unnöthigen Aufschub"), 1062 (Verpflichtung des Käufers zur sogleichen Uebernahme bei nicht bedungener Zeit) und 915 a. b. G. B. (Auslegung des undeutlichen Ausdruckes „in Kürze" zum Nachtheil des ihn gebrauchenden Klägers) nicht angenommen werden, daß der Kläger die schuldlose Partei sei, welche im Sinne des §. 908 ebendort berechtigt wäre, das gegebene Angeld im doppelten Betrage von dem Compaciscenten zurückzufordern.

---

## Nr. 4143.

### Bevollmächtigung oder Commissonsauftrag?

**Entsch. v. 27. April 1871, Nr. 3802 (Best. des das Urth. des B. G. Alsergrund in Wien v. 2. Nov. 1870, Nr. 16470, abänd. Urth. des O. L. G. Wien vom 25. Jänner 1871, Nr. 24663). G. H. 1871, S. 281. Jur. Bl. 1872, Nr. 8.**

B bevollmächtigte den C zum Kauf eines Claviers und übergab ihm 120 fl. als den Kaufpreis. C kaufte das Instrument bei dem A, welchem er nur eine Anzahlung von 50 fl. leistete und die Zahlung des Restes von 70 fl. auf einen bestimmten Zeitpunkt versprach. Da A die Restzahlung nicht erhielt, belangte er den B und C als Solidarschuldner auf die Leistung derselben. — Von beiden Untergerichten wurde C zur Zahlung verurtheilt. B hingegen wurde von dem O. L. G. freigesprochen, nachdem das Gericht erster Instanz auch ihn und zwar aus folgenden Gründen zur Zahlung verurtheilt hatte: Zwischen B und C bestand ein Mandatsverhältniß, auf welches jedoch das von B angerufene Handelsgesetz keine Anwendung findet, weil dessen Voraussetzungen — gewerbsmäßiger Betrieb von Commissionsgeschäften auf Seite des Commissionärs und auf Seite des Committenten ein von demselben aufgetragenes Handelsgeschäft — hier nicht eintreten. Für den Kläger A ist in Beziehung auf B nur der dem Kläger von C bekannt gegebene Auftrag des B maßgebend, aus welchem nach §. 1009 a. b. G. B. auch die Befugniß des C als Mandatar folgt, einen Theil des Kaufschillings

schuldig zu verbleiben. Hat aber B, wie behauptet wird, das Mandat in der Art beschränkt, daß C das Kaufgeld sogleich zahlen sollte, so war dieser Theil der Vollmacht ein geheimer, welcher nach §. 1017 a. b. G. B. auf das Recht des A gegen den Mandanten B keinen Einfluß hat. Da nun nicht angeführt wurde, daß diese Beschränkung dem Kläger bekannt gegeben worden sei, so ist der zum Beweis derselben in der Duplik deferirte Haupteid unentscheidend und B nach dem Obigen zur Zahlung des eingeklagten Kaufgeldsrestes dem A verpflichtet.

Der oberste Gerichthof bestätigte das den B absolvirende Erkenntniß der zweiten Instanz. Gründe: Daraus, daß B dem C den Kauf eines Claviers auftrug, folgt nicht, daß er ihn ermächtigte, den Kauf in seinem, des B, Namen auf Borg zu schließen. Jener Auftrag begründete eine Commission. Da nun in einem solchen Falle der Commissionär das Geschäft zwar für den Committenten, allein nicht in dessen, sondern im eigenen Namen schließt, so entstanden daraus nur Rechte und Pflichten zwischen dem Committenten B und dem Commissionär C und aus dem Kaufe selbst Rechte und Pflichten zwischen dem Letzteren und dem Verkäufer A, nicht aber zwischen diesem und dem Committenten, welche zu einander in kein Rechtsverhältniß traten. Daß übrigens der Kläger selbst das Rechtsverhältniß so auffaßte, zeigt der Umstand, daß er von C einen Wechsel an Zahlungsstatt für die 70 fl. annahm und dem B brieflich mittheilte, daß er den C auf die Zahlung des Kaufgeldrestes belangen werde.

---

## Nr. 4144.

### Klagbarkeit des zum Zwecke eines verbotenen Spieles gegebenen Darlehens.

**Entsch. v. 27. April 1871, Nr. 4441 (Best. des Urth. des B. G. Pola vom 18. Nov. 1870, Nr. 713, Abänd. des Urth. des O. L. G. Triest v. 20. Jänner 1871, Nr. 23). Gazz. del Trib. 1873, Nr. 7.**

Von einer Gesellschaft wurde Macao gespielt; B hielt die Bank, und nachdem sie gesprengt worden war, ersuchte er den mitspielenden A um die Anleihe von 200 fl., die ihm A gab; damit spielte B weiter und verlor auch dieses Geld. Von A nach geendigtem Spiele um die Zurückzahlung angegangen, wollte B nichts davon wissen, weil A die geliehenen 200 fl. selbst im Spiele zurückgewonnen habe. Nun belangte ihn A gerichtlich auf die Zahlung. — In erster Instanz wurde B nach dem Klagebegehren verurtheilt. — Das O. L. G. sprach ihn frei, weil A dem B das Geld zur Fortsetzung eines durch das Hofdecret vom 16. October 1840, J. G. S. Nr. 469, aus-

drücklich verbotenen und auch notorisch unerlaubten Hazardspieles, mithin „zur Bewirkung einer unerlaubten Handlung" gegeben habe, weshalb er es nicht zurückfordern dürfe (§. 1174 a. b. G. B.).

In Erwägung, daß der Beklagte zugestandenermaßen die 200 fl. vom Kläger als ein Darlehen empfing; daß der Darleiher nicht verpflichtet ist, den Zweck der Anleihe zu erforschen; daß der Kläger für die strafbare Handlung Dritter nicht zur Verantwortung gezogen werden kann, um so weniger, als der Beklagte zugeben mußte, daß er ihn des Einverständnisses mit den andern — wegen Betruges verurtheilten — Spielern nicht beschuldigen kann; daß der §. 1174 a. b. G. B. hier keine Anwendung findet, weil nicht gesagt werden kann, daß der Kläger das Geld zur Bewirkung einer unerlaubten Handlung gegeben habe, da die Fortsetzung oder die Aufgabe des Spieles ganz von dem Willen des Beklagten abhing, — hat der oberste Gerichtshof das erstgerichtliche Urtheil bestätigt.

---

## Nr. 4145.

### Annahme einer Klage, auf welcher die Wohnung des Klägers nicht angegeben und nur der auswärts wohnende Advocat desselben genannt ist.

**Entsch. v. 2. Mai 1871, Nr. 5378 (Best. des Decr. des L. G. Wien vom 31. Jänner 1871, Nr. 5167, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 1. März 1871, Nr. 4101). G. Z. 1871, Nr. 44.**

Die beim L. G. in Wien überreichte Klage des A mit dem Rubrum: „A, Privatbeamter in Prag, durch Dr. X, Advocat in Prag, Nr. 396-I wider B", wurde zur Erstattung der Einrede verbeschieden. Dagegen ergriff B den Recurs, in welchem er anführte: es sei bei der Erledigung der Klage auf §. 389 a. G. O. nicht Bedacht genommen worden, weil der Kläger nicht Jemanden am Orte des Gerichtes namhaft gemacht habe, dem die weiteren gerichtlichen Anordnungen bestellt werden sollten. Das Gesetz verfüge zwar, daß die Kosten, welche durch Zustellungen an auswärts wohnende Parteien verursacht werden, von ihnen getragen werden müssen und daß sie, auch wenn sie berechtigt wären, den Ersatz der Gerichtskosten zu begehren, für derlei Kosten keine Aufrechnung machen dürfen. Dies sei aber ein schlechter Trost, weil bei der Armuth des Klägers die Kosten für die Zustellungen nach Prag nie hereingebracht werden können. Auch fehle gegen die Bestimmungen der §§. 384 und 387 a. G. O. auf der Klage die Angabe der Wohnung des Klägers. Es könne im Laufe des Processes Fälle geben, wo es nothwendig sei, die Wohnung des Klägers zu wissen. Man denke z. B. an eine Widerklage oder an

einen Ausgang des Processes, welcher dem geklagten Theile Executionsrechte gewährt. — Von dem O. L. G. wurde der erstgerichtliche Bescheid aufgehoben und dem A die Angabe seiner Wohnung nach §. 384 a. G. O., sowie die Namhaftmachung eines Schriftenempfängers am Gerichtsorte nach §. 389 a. G. O. und Hofdcr. v. 6. December 1782, J. G. S. Nr. 105, aufgetragen.

In Erwägung, daß im Rubro der Klage der Standort und die Wohnung des von dem Kläger bevollmächtigten Rechtsfreundes, an welchen die Zustellungen zu geschehen haben, genau angegeben und demnach der Anordnung des §. 384 a. G. O. Genüge geschehen und die Bezeichnung der Wohnung des Klägers selbst nicht nothwendig ist; mit Rücksicht auf die im §. 8 der Advoc.-O. vom 6. Juli 1868 normirte Erweiterung des Vertretungsrechtes der Advocaten; in dem Anbetrachte, daß die von Seite einer nicht am Gerichtsorte wohnhaften Partei unterlassene Namhaftmachung eines Schriftenempfängers am Gerichtsorte nur die Folge hat, daß die Kosten der Zustellung nach §. 389 a. G. O. von der betreffenden Partei selbst zu tragen sind, und daß der in dem Hofdcr. vom 6. December 1782, J. G. S. Nr. 105 lit. c, ausgedrückte Zweck der Bestellung eines Sachverwalters an dem Gerichtsorte in Absicht auf die Haftung für die Stempel mit Rücksicht auf die dermaligen gesetzlichen Einrichtungen bezüglich der Gebühren von gerichtlichen Eingaben entfallen ist, — hat der oberste Gerichtshof die erstgerichtliche Verordnung bestätigt.

---

## Nr. 4146.

### Darleihen aus fremdem Gelde: Person des Rückforderungsberechtigten.

**Entsch. v. 3. Mai 1871, Nr 13166 (Best. des das Urth. des B. G. Přibram v. 20. April 1870, Nr. 1678, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 16. August 1870, Nr. 27486). G. H. 1871, S. 234.**

In der strafgerichtlichen Untersuchung gegen C wegen eines Silberdiebstahles zum Schaden der k. k. Přibramer Bergwerke gestand der Beschuldigte, das für das gestohlene Silber erhaltene Geld im Betrage von 1900 fl. in Banknoten à 100 fl. auf dem Boden seines Hauses verborgen und das Versteck seiner Gattin D angezeigt zu haben; die Letztere sagte aus, daß sie an dem bezeichneten Ort 2100 fl. gefunden, zu sich genommen und ihrer Schwester E zur Verbergung übersendet habe; die E bestätigte die Uebersendung und gab an, 1900 fl. von diesem Gelde dem B mit Zustimmung der D, was diese eingestand, als Darlehen gegeben zu haben. Nach der von B in dem Strafprocesse abgelegten Aussage wußte er, daß C wegen Silberdiebstahles verhaftet war und der Gatte der D und Schwager der E ist,

welch' Letztere ihm mitgetheilt habe, daß auch die D verhaftet wurde, weil C etwas von einem Gelde eingestanden hätte, welches er zu Hause aufbewahrte. B gab weiter an, zur E, als sie sich mit ihm berieth, was sie thun soll, gesagt zu haben, daß sie Beide ja nicht wüßten, ob das Geld der D oder ihrem Manne C gehöre, daher nichts Gesetzwidriges unternommen haben und daß sie bei einem etwaigen Verhör nur die Sache der Wahrheit gemäß vorzubringen hätten; ihm habe aber die Angelegenheit keine Ruhe gelassen, weshalb er von freien Stücken sich bei dem Untersuchungsrichter zum Verhör meldete, in welchem er noch weiter vorbrachte, daß ihn das Geld brenne, weil ein Schein der Unredlichkeit daran hafte und daß er es sobald als möglich erlegen oder dem Montanärar binnen längstens 10 Tagen Sicherstellung leisten möchte. Dieser Aeußerung gemäß erlegte B in der That laut gerichtlichen Protokolles bei dem Untersuchungsrichter 200 fl. auf Abschlag des Darlehens. — C wurde des Verbrechens des Diebstahles für schuldig erklärt und in dem Straferkenntniß zur Zahlung von 1900 fl. an das Montanärar verurtheilt. Auf Grund dieses Urtheiles erwirkte die Finanzprocuratur für den Fiscus die executive Einantwortung von 1700 fl. aus der Darlehensforderung von 1900 fl. bei B, welche sie als eine Forderung des verurtheilten C an denselben bezeichnete, und belangte sodann den B auf die Zahlung. Der Beklagte bestritt die Sachlegitimation des Fiscus, weil der Darlehensvertrag zwischen ihm und der D, durch Vermittlung ihrer Schwester E zu Stande gekommen sei, mithin die D und nicht C, von welchem der Fiscus das eingeklagte Recht ableitet, die Darlehensforderung anzusprechen habe. Zum Beweise dafür, daß C der Gläubiger dieser Forderung sei, producirte die Finanzprocuratur beglaubigte Abschriften jener in dem Strafproceß des C aufgenommenen Protokolle, welche die oben angeführten Geständnisse desselben und Aussagen der D, der E und des Beklagten B enthalten. — Das Gericht erster Instanz erkannte auf Abweisung der Klage mit der Begründung, daß von der Finanzprocuratur die beklagterseits widersprochene Sachlegitimation des Fiscus nicht gerichtsordnungsmäßig bewiesen worden sei, weil den von ihr dafür producirten Behelfen, nach §. 111 a. G. O. die Beweiskraft öffentlicher Urkunden fehle, da die gerichtlichen Protokolle, aus deren beglaubigten Abschriften diese Behelfe bestehen, zu strafgerichtlichen Zwecken, nicht in Ansehung des der Klage zu Grunde liegenden Factums errichtet worden seien, und zudem aus denselben nur hervorgehe, daß die E mit Wissen und Willen der D dem Beklagten von dem ihr überschickten Gelde den Betrag von 1900 fl. geliehen habe. — Das O. L. G. verurtheilte den Beklagten zur Zahlung von 1700 fl. an den Fiscus. In den Motiven deducirte das O. L. G. aus dem Zusammenhang der in den Behelfen enthaltenen Aussagen den Beweis, daß der Beklagte wissen mußte und wußte, daß der ihm durch die Vermittlung der D und E dargeliehene Betrag Geld des C, und

der Letztere, nicht dessen Gattin D, sein Gläubiger geworden sei, und zog daraus den Schluß, daß der Beklagte durch den Empfang des Darlehens der Schuldner des C wurde, mithin der in Folge der executiven Einantwortung an die Stelle des C getretene Fiscus zur Sache legitimirt war.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Erkenntniß aus dessen Gründen.

---

## Nr. 4147.

### Gerichtsstand des Vertrages: Begründung desselben durch Zusendung und Annahme der Factura nach erfolgter Uebergabe der Waare?

**Entsch. v. 3. Mai 1871, Nr. 1431 (Best. des das Urth. des B. G. Klobuk v. 11. April 1870, Nr. 1708, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn v. 9. Nov. 1870, Nr. 11305). G. H. 1871, S. 273.**

Von dem obersten Gerichtshofe wurde der Einrede der Incompetenz des vom Kläger wegen einer Waarenverkaufsforderung als forum contractus angerufenen Gerichtes aus den folgenden Gründen stattgegeben: Ein Vertrag auf den Ort der vom Beklagten zu leistenden Zahlung wäre dann zu Stande gekommen, wenn derselbe die Waaren, um deren Zahlung er belangt wird, in Begleitung einer die Zahlung ausdrücklich loco X bedingenden Factura empfangen hätte; in diesem Falle wäre in der Factura der Antrag des Klägers in Betreff des Zahlungsortes enthalten gewesen und von dem Beklagten durch die anstandslose Annahme der unter dieser ihm bekannt gegebenen Bedingung zugesendeten Waaren die Einwilligung zu dieser Bedingung nach §. 863 a. b. G. B. stillschweigend erklärt worden. Geschah jedoch, wie im vorliegenden Falle, die Zusendung der Factura später als jene der Waaren, so ist durch die bloße Annahme der Factura ein Vertrag in Ansehung des Zahlungsortes nicht zu Stande gekommen, weil der Kaufvertrag durch die Uebergabe der Waaren schon vollzogen und für beide Theile die Bestimmungen des Gesetzes bezüglich des gesetzlichen Zahlungsortes bereits in Kraft getreten waren, an denen der Kläger durch einseitige Willenserklärung nichts mehr ändern konnte. Das bloße Schweigen des Beklagten zum nachträglichen Begehren des Klägers in Betreff des Zahlungsortes kann nach §. 863 a. b. G. B. schon an und für sich nicht, am allerwenigsten aber einem schon erfüllten Kaufvertrage gegenüber als Einwilligung angesehen werden.

---

## Nr. 4148.

### Förmlichkeiten eines allographen Testamentes.

**Entsch. v. 3. Mai 1871, Nr. 2211 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Sechshaus v. 20. Juli 1870, Nr. 14022 und des O. L. G. Wien v. 22. Dec. 1870, Nr. 23603). G. Z. 1871, Nr. 74.**

Im Erbrechtsstreite des A gegen B pcto. Eröffnung der gesetzlichen Succession nach der M bestritt A das vom Testamentserben B geltend gemachte Testament der M, 1. wegen Unechtheit ihrer Unterschrift; 2. wegen unterbliebener Bestätigung des Aufsatzes als ihr letzter Wille vor zwei der Testamentszeugen; 3. weil sich die drei Zeugen nicht als Zeugen „des letzten Willens" (nur „als Zeugen" schlechthin) unterschrieben haben. Von den drei Testamentszeugen X, Y und Z ist der letzte nicht mehr am Leben. Der durch die eidliche Vernehmung der beiden anderen Zeugen geführte Beweis hatte folgendes Ergebniß: X sagte aus, daß er von der M, mit der Bemerkung, daß ihr Ehemann (der Beklagte) ihr einziger Erbe sein soll, zur Verfassung des letzten Willens aufgefordert, denselben von Y aufsetzen ließ, sodann in Begleitung des Z zur M trug, wo der Aufsatz, nachdem die M und Z ihn gelesen und die M als ihrem Willen gemäß erklärt hatte, von ihr, von Z und von ihm — X — unterschrieben wurde. X und Y geben an, daß sie einige Tage nachher gerufen zur M kamen, welche das verfaßte und ihnen vorgewiesene Testament aus der Lade nahm und zu Y sagte: „den Inhalt des Testamentes kennen Sie, dasselbe ist mein letzter Wille, ich ersuche Sie, es als Zeuge zu unterschreiben", worauf Y in Gegenwart des X unterschrieb; und daß die M, als sie den Y zur Unterfertigung des Testamentes aufforderte, beifügte, daß die beiden anderen Zeugen es bereits unterschrieben haben. — Von beiden Untergerichten wurde die Giltigkeit des Testamentes ausgesprochen und demnach die Klage abgewiesen.

Dagegen ergriff A die a. o. Revisionsbeschwerde, welche der oberste Gerichtshof aus den nachstehenden Gründen verworfen hat: Ad 1. Die Echtheit der Unterschrift der Erblasserin ist durch die Aussagen der Testamentszeugen X und Y erwiesen; denn der Erstere bestätigte, daß in seiner und des Zeugen Z Gegenwart die M das Testament eigenhändig unterschrieben hat und vermöge der Aussagen beider Zeugen X und Y muß als bewiesen angenommen werden, daß der Name der M bereits auf dem Testamente stand, als sie es mit den Worten: dasselbe sei ihr letzter Wille, dem Y zur Unterfertigung überreichte. Ad 2. Daß die M vor den Zeugen X und Y den letzten Willen als solchen erklärt hat, ist durch die Aussage beider Zeugen erwiesen; daß sie übrigens dieselbe Erklärung auch vor dem inzwischen verstorbenen Zeugen Z gemacht hat, ergibt sich aus der directen Bestätigung des X und aus der von Y bestätigten Thatsache, daß die M, als sie dem Y den als ihren letzten Willen erklärten Aufsatz zur

Unterfertigung überreichte, beisetzte, derselbe sei von den beiden anderen Zeugen bereits unterschrieben worden. Ad 3. Da die producirte Urkunde nichts anderes als einen letzten Willen enthält, so ist wohl selbstverständlich, daß der seither verstorbene Zeuge Z durch seine Unterschrift „als Zeuge" sich als Zeuge des darin enthaltenen letzten Willens unterschrieben hat. Bei X und Y ist aber dieser Umstand auch durch ihre Aussage festgestellt. Die Behauptung des Revisionswerbers, daß durch den Zeugenbeweis der Mangel des Beisatzes „als Testamentszeugen" bei der Unterschrift der Zeugen nicht ersetzt werden könne, ist unrichtig, weil es in der Absicht des Gesetzes liegt, daß eben wegen der Vorsicht und um des dauerhaften Beweises willen, für Testamente mehr Zeugen als für andere Rechtsgeschäfte gefordert werden.

---

## Nr. 4149.

### Gebühr für die Aufnahme des Todesfalles eines Cridars.

**Entsch. v. 3. Mai 1871, Nr. 5203 (Best. des das Decr. des L. G. Linz v. 23. Februar 1871, Nr. 1564, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 5. April 1871, Nr. 6439). Zeitschr. f. d. Notariat 1871, Nr. 25. G. H. 1871, S. 250.**

Am Tage nach der gesetzlich publicirten Eröffnung des Concurses über die Firma B & Comp. und über ihren Chef B starb der Letztere und wurde der Notar A mit der Todesfallsaufnahme betraut. Seine darauf überreichte Anmeldung der tarifmäßigen Gebühr hat das Gericht erster Instanz mit der Motivirung zurückgewiesen, daß die Gebühr nicht liquidirt werden könne, weil durch die Concurseröffnung über B sein ganzes Vermögen in die Gewalt der Gläubiger gekommen sei, um zu ihrer Befriedigung verwendet zu werden, und daher wegen Abgang eines abzuhandelnden Vermögens keine Verlassenschaftsabhandlung stattfinde. — Von dem O. L. G. wurde die angemeldete Gebühr liquidirt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung in Erwägung, daß nach dem durch die Justizministerialverordnung vom 7. Mai 1860, R. G. Bl. Nr. 120, nicht abgeänderten §. 27 des Notariatstarifs vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 94, der Notar nur wenn der Inventurswerth des Vermögens 100 fl. nicht erreicht, nichts für die Todesfallsaufnahme anzusprechen hat; daß es in dieser Beziehung keinen Unterschied macht, ob aus dem Vermögen Schulden zu zahlen sind oder nicht; daß auch nicht gesagt werden kann, daß blos wegen der dem Tode des Cridars vorangegangenen Eröffnung des Concurses ein ihm gehöriges Vermögen nicht mehr besteht, da nach §. 1 der C. O. durch die Concurseröffnung das der Execution unterliegende Vermögen des Schuldners nur der freien Verfügung desselben entzogen wird und die Gesammtheit der zur Zeit der Concurs-

eröffnung vorhandenen Gläubiger nur das Recht erlangt, das Vermögen in Verwahrung und Verwaltung zu nehmen und zu ihrer Befriedigung zu verwenden; daß es mithin im vorliegenden Falle nur darauf ankommt, ob der Werth des in dem Concursinventare aufzunehmenden oder schon aufgenommenen Vermögens 100 fl. erreicht.

## Nr. 4150.

### Behandlung von Stempel- und Stempelstrafgebühren im Concurse.

**Entsch. v. 3. Mai 1871, Nr. 5259 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Brünn v. 20. Dec. 1870, Nr. 30227 und des O. L. G. Brünn v. 1. März 1871, Nr. 2749). G. H. 1871, S. 274.**

Der von der Finanzprocuratur begehrte Auftrag an den Verwalter der B'schen Concursmasse zur Auszahlung der Stempelgebühr für einen ungestempelten Wechsel per 9 fl. und der wegen Verletzung des Gebührengesetzes verhängten Geldstrafe per 8 fl. wurde von beiden Untergerichten mit der Motivirung verweigert, daß die Stempelgebühr schon zur Zeit der der Concurseröffnung vorangegangenen Ausstellung des Wechsels zu entrichten, mithin damals schon fällig war (§. 29 lit. c C. O.), wenngleich dieselbe erst jetzt auf dem Strafwege eingetrieben werden soll und daß die allerdings erst nach dem Zahlungsauftrage fällig gewordene Geldstrafe nach §. 48 Nr. 2 der C. O. der Classification unterliegt, daher gleichfalls nicht als Masseschuld zu behandeln ist.

Der oberste Gerichtshof verwarf den a. o. Recurs der Finanzprocuratur gegen die untergerichtlichen Verordnungen, „welche durch ihre Begründung mit Rücksicht auf die §§. 29, 48, 160 C. O. als gerechtfertigt erscheinen“.

## Nr. 4151.

### Verpflichtung der Partei, auf deren Ansuchen dem Gegner ein Curator bestellt wird, zur Entschädigung desselben?

**Entsch. v. 3. Mai 1871, Nr. 5311 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Prag v. 24. Dec. 1870, Nr. 34666 und des O. L. G. Prag vom 31. Jänner 1871, Nr. 3058). G. Z. 1871, Nr. 76. G. H. 1871, S. 214.**

Auf das Gesuch des Executionsführers B war wegen unbekannten Aufenthaltes des Executen C für die Annahme der bereits erlassenen und eventuellen Verordnungen des Gerichtes der Advocat A als Curator ad actum des C zur Wahrung seiner Rechte aufgestellt worden. Da nach einiger Zeit von einem andern Gläubiger des C

der Aufenthalt desselben angezeigt wurde, fand sich der Curator A bestimmt, die für C empfangenen Bescheide dem Gerichte zur Zustellung an denselben zu übergeben und um Enthebung von der Curatel und um die Ertheilung des Auftrages an B zur Zahlung der von A verzeichneten Deserviten die Bitte zu stellen. — Vom Gerichte erster Instanz wurde nach vorgängiger Richtigstellung des von A geforderten Betrages die begehrte Zahlungsauflage erlassen und vom O. L. G. der dagegen ergriffene Recurs des B abgewiesen, weil die Bestimmung des §. 18 der Advoc.-Ordn. vom 6. Juli 1868, R. G. Bl. Nr. 96 (worauf der Recurrent sich berief), hier, wo es sich nicht um die Vorschießung des Betrages der baren Auslagen des Advocaten, sondern um die Entlohnung seiner Mühewaltung handelt, keine Anwendung habe, vielmehr der für das Proceß- und Executionsverfahren geltende Grundsatz anzuwenden sei, wonach die Kosten Derjenige (der Recurrent) vorzuschießen hat, von dem sie veranlaßt wurden.

Auf den Revisionsrecurs des B wurde die von A begehrte Zahlungsauflage an denselben in der Erwägung verweigert, daß der cit. §. 18 der Advoc.-Ordn. den zur Frage stehenden Fall ausdrücklich nicht behandelt, immerhin aber auf dem Grundsatze der Nichtverpflichtung der Partei, durch deren Einschreiten die Bestellung eines Vertreters für den Gegner veranlaßt wurde, zur Zahlung der Vertretungskosten beruht; daß schon der §. 391 a. G. O. bei unbekanntem Aufenthalte des Beklagten oder bei dessen Aufenthalt im Auslande die Bestellung eines Curators auf seine Gefahr und Kosten anordnet; daß nach lit. c des Hofdcr. vom 18. Mai 1790, J. G. S. Nr. 23, der Kläger nur in dem — hier nicht eintretenden — Falle, wenn er überführt ist, den von ihm als unbekannt angegebenen Aufenthalt des Beklagten gewußt zu haben, die Kosten der Edictsausfertigung und der Aufstellung des Curators zu bezahlen hat und zu einer Geldstrafe zu verurtheilen ist; daß die Schlußstelle des §. 389 a. G. O. nur auf die Zustellungskosten bezogen werden kann; daß B, indem er gegen C auf dem Executionswege vorging, nur von seinem Rechte Gebrauch machte und daher für den einem Anderen daraus entstandenen Schaden nicht verantwortlich gemacht werden kann, §. 1305 a. b. G. B.; daß durch die Bestellung des Curators des C nur ein Hinderniß, welches der Durchführung der Rechte des B entgegenstand und von C selbst durch sein Verschulden bereitet worden war, beseitigt wurde, mithin für B daraus ein eigentlicher Vortheil nicht erwuchs; daß der Curator von amtswegen zu bestellen war und die Interessen des C zu vertreten hatte; daß die Behauptung: es habe Derjenige, durch dessen Einschreiten eine gerichtliche Verfügung veranlaßt wurde, deren Kosten vorzuschießen, in ihrer Allgemeinheit zu weit gehen würde und daß beim Mangel eines zwischen B und dem Curator des C bestehenden Vertragsverhältnisses man auch nicht auf die §§. 1152 und 1163 a. b. G. B. sich berufen kann.

---

## Nr. 4152.

### Bemessung der Entschädigung im Falle einer Körperverletzung.

**Entsch. v. 4. Mai 1871, Nr. 441 (Abänd. der Urth. des L. G. Jaroslau v. 26. August 1869, Nr. 515 und des O. L. G. Lemberg v. 26. April 1870, Nr. 11805). G. H. 1871, S. 323.**

Wegen einer der A zugefügten Verletzung, welche achttägige Unfähigkeit derselben zu häuslicher Beschäftigung zur Folge hatte, wurde durch strafgerichtliches Urtheil B der Uebertretung der körperlichen Beschädigung für schuldig erkannt und die A mit dem Anspruch auf Zahlung von 10 fl. für ärztliche Behandlung und Verlust in der Hauswirthschaft auf den Civilproceßweg gewiesen, den sie auch betrat, indem sie den B wegen Zahlung 1. von 10 fl. für Medicamente und ärztliches Honorar, 2. von 4 fl. für Zeitverlust und Verdienstentgang durch acht Tage und 3. von 30 fl. als Schmerzengeld belangte. — Von dem Gerichte erster Instanz wurde dem Begehren gegen den Schätzungseid der Klägerin vollständig stattgegeben; wogegen das O. L. G. die Ansprüche 1 und 2 ohne Weiteres zurückwies, weil der Beweis der Heilungskosten, d. i. der Ausgabe von 10 fl. auf die Heilung, durch den Schätzungseid nicht erwiesen und dieser Eid auch nicht bezüglich des Verdienstentganges zugelassen werden könne, da weder von der Klägerin angeführt wurde, noch aus den Acten zu entnehmen ist, daß sie irgend einem Erwerb obliege. Der Betrag des Schmerzengeldes wurde nach §. 290 westgal. G. O. gemäßigt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil in den Punkten 1 und 2 unter Herabsetzung der zuerkannten Beträge auf 8 fl., beziehungsweise 2 fl. Gründe: Die Klägerin hat angeführt, auf Heilmittel und ärztliches Honorar 10 fl. ausgegeben zu haben und dafür auch den Beweis durch Haupteid angetragen. Dieser Beweis kann aber nicht zugelassen werden, weil B, die Forderung bestreitend, sich auf das Strafverfahren berief, in welchem die A 10 fl. für ärztliche Behandlung und Verlust in der Hauswirthschaft begehrte, so daß ihre gegenwärtige Aufrechnung mit der früheren in offenbarem Widerspruche steht und wird ihr daher, mit Rücksicht auf die durch den ärztlichen Befund im Strafverfahren festgestellte Thatsache der körperlichen Verletzung ein kleinerer, mit dem Schätzungseide zu beschwörender Betrag für die Heilungskosten zugesprochen. Zur Beurtheilung der Forderung für den Verdienstentgang liegt nur der Anhaltspunkt vor, daß nach dem ärztlichen Gutachten mit der Verletzung eine achttägige Unfähigkeit zu häuslicher Beschäftigung verbunden war und daß die Klägerin die Frau eines Goldarbeiters und Mutter von fünf Kindern ist. Es kann daher nicht auf irgend einen speciellen Erwerbszweig der Klägerin, sondern nur auf die häusliche Beschäftigung derselben und auf ihre Pflicht, dem Manne im Haushalt und Erwerbe nach Kräften beizustehen (§. 92 a. b. G. B.), Rücksicht ge-

nommen und darnach approximativ eine Entschädigung für den Entgang ihrer Arbeitskraft während jener Zeit und beziehungsweise dessen, was sie mit ihrer Arbeit in ihren Lebensverhältnissen hätte leisten können, nach billiger Schätzung — mit 25 kr. per Tag — angesetzt werden.

---

## Nr. 4153.

### Publicitätsprincip: Fortbestand der Hypothek trotz erfolgter Tilgung der Schuld.

**Entsch. v. 4. Mai 1871, Nr. 1198 (Best. des das Urth. des B. G. Königswart v. 10. Oct. 1870, Nr. 5230, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 13. Dec. 1870, Nr. 41903). G. Z. 1871, Nr. 61.**

Auf der Liegenschaft des A ist eine Forderung der C sichergestellt, welche dem B, Gläubiger der Letzteren, im Executionswege eingeantwortet wurde. Unter Anbietung des Zeugenbeweises, daß er diese Forderung noch vor der Einantwortung der C gezahlt habe, belangte A den B und bat um das Erkenntniß, daß die besagte Forderung getilgt und das Executionsrecht des B bezüglich derselben erloschen sei. Darüber, daß B zur Zeit der Einantwortung von der Zahlung gewußt habe, trug ihm A den irreferiblen Hauptteid auf. — Das Gericht erster Instanz erkannte auf den Erfüllungseid des A zur Ergänzung des oben erwähnten, von ihm durchgeführten Zeugenbeweises und gab dem Klagebegehren unter der Bedingung dieses Eides statt. — Von dem O. L. G. wurde der Kläger ohne Weiteres abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil des O. L. G. Gründe: Die Bestimmung des §. 469 a. b. G. B., daß zur Aufhebung einer Hypothek die Tilgung der Schuld allein nicht hinreicht und daß ein Hypothekargut so lange verhaftet bleibt, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist, ist eine durch die Oeffentlichkeit des Tabularinstitutes und die Erhaltung des Realcredits gebotene Ausnahme von dem gesetzlichen Grundsatze, daß durch die Tilgung der Schuld das Pfandrecht aufhört (§. 469 a. b. G. B.), und daß sich das Pfandrecht immer auf eine giltige Forderung bezieht. Der Besitzer der Pfandsache kann dem redlichen Erwerber einer zwar bezahlten, aber nicht gelöschten Tabularforderung die Einwendung der an den früheren Gläubiger geleisteten Zahlung nicht entgegensetzen; die Hypothek bleibt, der geschehenen Zahlung ungeachtet, dem neuen Erwerber der Forderung verhaftet, d. h. er kann verlangen, daß die Forderung aus der Hypothek bezahlt werde. Da nun Kläger für seine Behauptung, daß der Geklagte, bei dem Ansuchen um executive Einantwortung der für die C auf seiner Liegenschaft haftenden Forderung von der an dieselbe bereits erfolgten Zahlung Kenntniß gehabt habe, einen gerichtsordnungsmäßigen Beweis nicht angeboten

hat, indem der ohne alle Begründung aufgetragene irreferible Haupteid (der seiner Natur nach ein Reinigungseid wäre) unstatthaft ist; da ferner der Geklagte durch die Einantwortung die Forderung in dem Zustande, in welchem sie zur Zeit der Einantwortung bestand, also mit dem derselben im Grundbuche zur Seite stehenden executiven Pfandrechte erworben hat, so erscheint das oberlandesgerichtliche Urtheil gerechtfertigt und kann der Revisionsbeschwerde des Klägers keine Folge gegeben werden.

---

## Nr. 4154.

### Civilgerichtliche Geltendmachung des vom Strafrichter weder zuerkannten noch vorbehaltenen Anspruches auf Ersatz der durch eine Privatanklage verursachten Kosten. Anerkennung oder Vergleich?

**Entsch. v. 4. Mai 1871, Nr. 4156 (Best. des das Urth. des B. G. Gmunden v. 1. Dec. 1870, Nr. 7153, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 3. Februar 1871, Nr. 2165). G. Z. 1871, Nr. 90.**

Das Strafgericht hatte in der Strafsache des A wegen Uebertretung gegen die Sicherheit der Ehre denselben für nichtschuldig erkannt, ohne ihm den Ersatz seiner Kosten durch den Privatankläger B zuzusprechen oder auch nur die Geltendmachung dieses Rechtes auf anderem Wege vorzubehalten. A belangte nun den B auf Zahlung seiner Auslagen (Kosten der Reise zur Strafverhandlung) im Betrage von 5 fl., indem er anführte, daß B, von ihm sofort nach der Schlußverhandlung zu dieser Zahlung aufgefordert, dieselbe erst verweigert, nach einigen Tagen aber an Stelle des Geldes die Lieferung einer Fuhr Holz binnen 14 Tagen angeboten habe, welches Versprechen von dem Kläger gegen pünktliche Einhaltung der Lieferungsfrist angenommen, vom Beklagten aber nicht gehalten wurde. Der Letztere brachte dagegen an, daß der Kläger ihm noch während der Frist sagen ließ, er brauche die Scheiter nicht mehr zu bringen, und erbot sich, diese Thatsache, welche der Kläger mit der Behauptung ableugnete, daß er die erwähnte Erklärung erst nach verstrichener Lieferungsfrist abgegeben und damit das Uebereinkommen auf die datio in solutum wegen Versäumung des als Bedingung festgesetzten Termines als hinfällig bezeichnet habe, durch den dem Kläger zugeschobenen Haupteid zu beweisen, auf welchen das Gericht erster Instanz auch erkannt hat. — Das O. L. G. hat den Kläger ohne Weiteres abgewiesen. Gründe: Dem A wurde vom Strafgerichte weder ein Kostenersatz zuerkannt, noch die Verfolgung des Ersatzanspruches auf anderem Wege vorbehalten. Nach den §§. 341 und 344 St. P. O. (§§. 389 und 392 St. P. O. vom 23. Mai 1873) gehört aber die diesbezügliche Ent-

scheidung lediglich in das Bereich des Strafrichters; da nun der Kläger dieselbe dort nicht hervorgerufen hat und das strafgerichtliche Erkenntniß in Rechtskraft getreten ist, so steht ihm ein Ersatzanspruch überhaupt gar nicht zu und die etwa nachträglich durch den B erfolgte Anerkennung desselben wäre lediglich eine promissorische Schenkung gewesen und als solche, weil nur in mündlicher Form geschehen, nicht klagbar. Wenn daher auch die ganze Klageanführung wahr wäre, so würde damit der Anspruch des A auf Zahlung von 5 fl. rechtlich nicht gegründet sein. Ob aber A die Fuhr Holz oder deren Werth von B fordern könne, liegt außer dem Bereich der Entscheidung des heutigen Processes.

Der oberste Gerichtshof bestätigte aus folgenden Gründen das Urtheil der zweiten Instanz: Wenngleich dem A deshalb, weil das Strafgericht weder ihm den Kostenersatz zugesprochen, noch ihn damit auf den Civilrechtsweg gewiesen hat, die Verfolgung seines allenfallsigen Anspruches auf diesem Wege nicht verwehrt ist, so mußte dennoch die abweisende Entscheidung des O. L. G. aufrecht erhalten werden. Denn aus dem von A angeführten Thatbestande: Aufforderung an B zur Zahlung der Fuhr- und Zehrkosten per 5 fl. — anfängliche Weigerung des B — dessen späteres Angebot der Holzlieferung binnen 14 Tagen — Annahme des A gegen genaue Einhaltung des Termines und Versäumung desselben, folgt keineswegs, daß B sich zum Ersatz von 5 fl. verpflichtet hat, und insbesondere kann in seinem Versprechen der Holzlieferung statt der angesprochenen 5 fl. nicht seine stillschweigende Anerkenntniß der Schuld von 5 fl. gefunden werden, nachdem er früher jegliche Zahlung verweigert hatte.

---

## Nr. 4155.

### Berühmung durch Verweigerung der Zurückstellung einer Caution?

**Entsch. v. 4. Mai 1871, Nr. 4610 (Best. des das Urth. des B. G. Karbitz v. 8. Oct. 1870, Nr. 5122, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 31. Dec. 1870, Nr. 44941). G. Z. 1871, Nr. 64.**

Die Klage, womit A die Erben des M aufforderte, ihren vermeintlichen Anspruch gegen ihn als vormaligen Forstcontrolor auf der (zur Verlassenschaft gehörigen) Domaine X auf Ersatz von mehr als 400 fl. für abgängiges Holz zur Vermeidung der Auflage des ewigen Schweigens nach §. 66 a. G. O. auszuführen, war auf den Brief gegründet, in welchem B, Miterbe der M'schen Verlassenschaft und Verwalter von X, das schriftliche Begehren des A um Zurückstellung seiner Dienstcaution von 500 fl. deshalb ablehute, weil der Letztere für Holz-

abgänge noch einen Ersatz von mehr als 400 fl. zu leisten habe. — Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Begehren, das O. L. G. gegen dasselbe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte aus folgenden Gründen das Urtheil der zweiten Instanz. Der Brief des B enthält nicht die Berühmung mit einer Forderung von 400 fl. Denn es wurde darin nur erklärt: A habe die Domaine X, wo er selbstständiger Leiter des Forstamtes gewesen ist, ohne Rechnungsablage und ohne Uebergabe der Hölzer verlassen; nach dem Protokoll der commissionellen provisorischen Uebernahme — um den Geschäftsgang nicht zu hindern — sei constatirt worden, daß A einen Ersatz von mehr als 400 fl. für abgängige Hölzer zu leisten habe, und sei dem zufolge A bereits wegen Rechnungslegung belangt worden. Der Brief constatirt daher nur das Ergebniß einer provisorischen Uebernahme der Hölzer unter gleichzeitiger Anführung der gerichtlich erhobenen Klage auf Rechnungslegung. In dem Briefe wurde also nicht das wirkliche Bestehen einer Ersatzforderung von 400 fl. behauptet, sondern nur mit Hinweisung auf das ungünstige Ergebniß der provisorischen Uebernahme der Hölzer dem A bedeutet, daß er wegen dieses Ergebnisses auf Ablegung der Rechnung belangt wurde und die Caution ihm nicht zurückgestellt werden kann. Eine solche Erklärung ist aber wesentlich verschieden von der Berühmung, eine Forderung von 400 fl. zu haben. Es konnte daher der Aufforderungsklage des A nicht stattgegeben werden, um so weniger, als die M'schen Erben eben durch die Anstellung der Klage auf Rechnungslegung die Frage: ob und welchen Ersatz sie zu fordern haben werden, zur Austragung auf den gehörigen gerichtlichen Weg geleitet und damit selbst dem Wunsche des A entsprochen haben, weil, sobald A die Rechnung gelegt haben wird, die M'schen Erben mit ihrer Mängelklage auftreten müssen, wenn sie eine Ersatzforderung behaupten.

---

## Nr. 4156.

### Immobilienexecution: ex officio Anhaltung des Erstehers zum edictmäßigen Erlag des Kaufpreises.

**Entsch. v. 9. Mai 1871, Nr. 5504 (Best. des Decr. des B. G. Gradisca v. 19. Nov. 1870, Nr. 2865, Abänd. des Decr. des O. L. G. Triest vom 3. Februar 1871, Nr. 323). G. Z. 1871, Nr. 64.**

In der von B gegen C durchgeführten Immobilienexecution erstand A die feilgebotenen Güter um den Preis von 11.300 fl., den er nach Vorschrift des Versteigerungsedictes binnen vierzehn Tagen von der Genehmigung der Licitation ab bei Gericht zu deponiren hatte. In der die Feilbietung genehmigenden Verordnung des Executionsge-

richtes wurde dieser Auftrag an A zur Vermeidung der im §. 338 a. G. O. bezeichneten Folgen (Relicitation) wiederholt und dem Executionsführer B die Vorlage des Entwurfes der Vertheilung des Meistgebotes aufgetragen. Darauf übergab A die Theilsumme von 2090 fl. (nachdem er 1500 fl. bereits als Vadium erlegt hatte) und stellte mit der Erklärung, daß er mit einigen Pfandgläubigern ein Uebereinkommen getroffen habe und bereit sei, die übrigen Pfandgläubiger sicher zu stellen, die Bitte um sofortige Einantwortung der erstandenen Güter. — Das Gericht nahm zwar das Depositum an, ertheilte aber dem A ohne Weiteres den Auftrag, bei sonstigem Eintritte der Folgen des §. 338 a. G. O. den Rest des Kaufschillings zu deponiren. Auf den von A und dem Executen C gegen diese Auflage ergriffenen Recurs wurde von dem O. L. G. in Erwägung, daß die im Versteigerungsedicte enthaltene Vorschrift der Deponirung des Kaufgeldes einem späteren Uebereinkommen nicht entgegenstehen und den Meistbieter nicht verhindern kann, durch Uebernahme der Forderungen der Satzgläubiger auf das Gut mit ihrer und des Executen Zustimmung sich von jener Verpflichtung zu befreien, und daß angesichts der von A gestellten Bitte der Richter nicht mehr von amtswegen auf die Erfüllung der Versteigerungsbedingnisse dringen durfte, sondern die Satzgläubiger und den Executen über das Gesuch des A anzuhören und sodann dem Letzteren die daraus etwa sich ergebenden Hindernisse der begehrten Einantwortung bekannt zu geben hatte, der Deponirungsauftrag der ersten Instanz beseitigt und die vorgängige Vernehmung der besagten Betheiligten angeordnet.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Verordnung, weil die Feilbietung mit der ausdrücklichen verlautbarten Bedingniß: Deponirung des Erstehungspreises und mit Beobachtung der Vorschrift des §. 328 lit. b a. G. O. stattgefunden hat und demgemäß der Erlag des Meistgebotes von 11.300 fl. dem A unter Hinweisung auf die §§. 338 und 328 lit. b a. G. O., sowie andererseits dem Executionsführer die Vorlage des Preisvertheilungsentwurfes, mit Festsetzung der Frist von vierzehn Tagen aufgetragen worden ist; weil A trotzdem nur die Theilsumme von 2090 fl. deponirt hat, ohne Vorlage der den Consens der Betheiligten vollbeweisenden Urkunden, welche erforderlich war, um ihn vom Erlage des Restes zu entheben und die Einantwortung der Güter bewilligen zu können, mithin der Executionsrichter eben nicht berufen gewesen ist, von amtswegen (im Sinne der obergerichtlichen Entscheidung) die Verhandlung mit dem Betheiligten über das Gesuch des Erstehers A, dessen Gegenstand auch nicht mit der Angelegenheit der dem Executionsführer obliegenden Vorlage des Vertheilungsentwurfes vermengt werden durfte, einzuleiten, und die Bitte des A ganz mit Recht durch Anordnung des Erlages des Restes der Meistgebotssumme respective Wiederholung des früheren unerfüllt gebliebenen Deponirungsauftrages erledigt hat.

---

## Nr. 4157.

## Rückwirkende Kraft der Gesetze: Einfluß der Aufhebung der Untheilbarkeit von Bauerngütern auf früher bestellte Pfandrechte.

**Entsch. v. 9. Mai 1871, Nr. 5582 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Mies v. 27. Jänner 1871, Nr. 125 und des O. L. G. Prag v. 28. Februar 1871, Nr. 6116). G. H. 1871, S. 232.**

A hatte zur Sicherstellung seiner Forderung bei C die Pfandrechtspränotation auf dem Miteigenthum des von dem Letzteren und seiner Ehefrau B besessenen, damals noch untheilbaren Bauerngutes in Böhmen erwirkt, nach der inzwischen erfolgten Aufhebung der Untheilbarkeit die Vormerkung gerechtfertigt, sodann die Einverleibung des executiven Pfandrechtes erlangt und darauf die executive Schätzung des Bauerngutes begehrt, welche gerichtlich bewilligt und in der Weise vollzogen ward, daß das ganze Gut geschätzt und am Schlusse des Protokolles die Hälfte des Schätzungswerthes als der Werth des dem C daran zustehenden Miteigenthumes angemerkt wurde. Nun begehrte A für seine Forderung gegen C die executive Feilbietung des ganzen Gutes und wurde von dem Gerichte erster Instanz abgewiesen, weil ihm an dem Miteigenthume der B kein Pfandrecht zusteht und die Beschränkungen der Theilbarkeit der Bauerngüter durch das Gesetz vom 27. Juni 1868, R. G. Bl. Nr. 79 und vom 20. Dec. 1869, L. G. Bl. Nr. 152, für Böhmen inzwischen aufgehoben wurden. Dagegen recurrirte A, indem er anführte, daß Gesetze nicht zurückwirken und dies auch in dem §. 2 des Gesetzes v. 27. Juni 1868, R. G. Bl. Nr. 79, angedeutet sei, wornach die Anwendung dieses Gesetzes auf die vor dem Beginne seiner Wirksamkeit eingetretenen Erbanfälle ausgeschlossen ist. Da nun die Pränotation seines Pfandrechtes an dem Miteigenthum des C noch unter der Herrschaft des alten Gesetzes vollzogen wurde, so habe er damit das in dem Hofdcr. v. 21. Oct. 1796, J. G. S. Nr. 316, dem Pfandgläubiger eingeräumte Recht bereits erworben, gemäß welchem, wenn ein untheilbares Bauerngut, worauf Mehrere vergewährt sind, wegen Schuld eines Einzelnen in Execution fällt, die Mitvergewährten entweder den Executionsführer befriedigen oder die Feilbietung des ganzen Gutes sich gefallen lassen müssen.

Von dem O. L. G. wurde die erstrichterliche Verordnung bestätigt und von dem obersten Gerichtshofe der a. o. Recurs des A in der Erwägung verworfen, daß die Execution nur gegen C geführt wird; daß die Bestimmung des citirten Hofdecretes, weil eben auf dem Principe der Untheilbarkeit der Bauerngüter beruhend, seit der durch das Reichsgesetz vom 27. Juni 1868, Nr. 79 und das Landesgesetz vom 20. December 1868, Nr. 152, erfolgten Aufhebung der die Freitheilbarkeit dieser Güter beschränkenden Gesetze keine Anwendung mehr findet; und daß A durch die ihm bewilligte bedingte Sicherstellung

(Pränotation) seiner Forderung auf dem Miteigenthume des C nicht das Recht erworben hat, wegen dieser Forderung auch den Gutsantheil der B in Execution zu ziehen.

---

## Nr. 4158.

### Unzuständigkeit der Gerichte für Ansprüche von Officieren aus ihrem Dienstverhältniß.

**Entsch. v. 9. Mai 1871, Nr. 5599 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 27. Jänner 1871, Nr. 4298 und des O. L. G. Wien v. 14. März 1871, Nr. 4435). G. Z. 1871, Nr. 45.**

Der in den bleibenden Ruhestand versetzte Infanteriehauptmann A trat gegen den Fiscus mit einer Klage auf, worin er anführte, daß er in Folge einer gegen ihn eingeleiteten strafgerichtlichen Untersuchung zeitlich pensionirt und, nachdem die Untersuchung mit seiner Freisprechung geendigt hatte, nicht, wie das Gesetz in einem solchen Falle vorschreibe, wieder reactivirt worden sei. Indem er nun die Summe berechnete, auf welche sich seine Bezüge als activer Hauptmann von der Zeit seiner Freisprechung bis zur Versetzung in den bleibenden Ruhestand belaufen haben würden, und davon die während dieser Zeit empfangene Pension abzog, belangte er das Militärärar auf Zahlung des Restes. — Beide Untergerichte haben die Klage wegen Unzuständigkeit a limine abgewiesen und der oberste Gerichtshof verwarf den von A dagegen ergriffenen a. o. Recurs, weil nach dem Hofdcr. vom 16. August 1841, J. G. S. Nr. 555, die Ansprüche der Staatsbeamten und Diener gegen den Staat, welche lediglich aus dem Dienstverhältnisse abgeleitet werden, auf dem administrativen Wege auszutragen sind, und weil es keinem Zweifel unterliegen kann, daß diese grundsätzliche Bestimmung auch für die aus dem Dienstverhältnisse abgeleiteten Ansprüche der Bediensteten des Militärstandes (was A in seinem Recurs bestritt, da das citirte Hofdecret nur von Beamten spreche und Militärs dazu nicht zählen) zu gelten hat.

---

## Nr. 4159.

### Erlöschen der Unfähigkeit zum Testamentszeugniß mit dem Aufhören der strafrechtlichen Folgen einer Verurtheilung.

**Entsch v. 10. Mai 1871, Nr. 2492 (Best. des das Urth. des B. G. Zwittau v. 22. August 1870, Nr. 4237, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn v. 21. Dec. 1870, Nr. 14020). G. H. 1871, S. 303. Gazz. dei Trib. 1871, Nr. 13.**

Die Giltigkeit des schriftlichen Testamentes des M wurde von den gesetzlichen Erben als Kläger wegen Unfähigkeit eines der drei

Testamentszeugen in Folge seiner der Testamentserrichtung vorangegangenen Verurtheilung zu zweimonatlichem Kerker wegen Verbrechens des Betruges (§. 592 a. b. G. B.) bestritten. Seit der Verurtheilung sind dreißig Jahre verstrichen. — Das in erster Instanz zugelassene Klagebegehren wurde von dem O. L. G. in Hinblick auf das Gesetz vom 15. November 1867, R. G. Bl. Nr. 131, abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Erkenntniß der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: Die Entscheidung des Processes hängt von der Frage ab, ob Derjenige, welcher vor dreißig Jahren wegen Verbrechens des Diebstahls gestraft wurde, ein fähiger Testamentszeuge sein könne. — Das O. L. G. hat diese Frage mit Recht bejaht. Wenn auch das Gesetz vom 15. November 1867, Nr. 131, den §. 592 a. b. G. B. nicht ausdrücklich aufhob, so enthält es doch im letzten Absatze des §. 6 die Bestimmung, daß alle nachtheiligen Folgen, die mit strafgerichtlichen Erkenntnissen schon durch das Strafgesetz oder kraft anderer gesetzlicher Vorschriften verbunden waren, nach fünf Jahren aufhören, wenn die Strafe eine geringere als fünfjähriger Kerker war. Zu den erwähnten nachtheiligen Folgen muß auch die Unfähigkeit, Testamentszeuge zu sein, und zu den erwähnten gesetzlichen Vorschriften auch der §. 592 a. b. G. B. gezählt werden. Da nun die Kläger, denen der Beweis der Ungiltigkeit des Testamentes, somit auch der Unfähigkeit des Zeugen oblag, nicht einmal behauptet haben, daß von dem Zeitpunkte der Verurtheilung des Zeugen bis zu jenem der Testamentserrichtung noch nicht fünf Jahre verstrichen sind, daß somit die Unfähigkeit desselben, Testamentszeuge zu sein, noch bestand, so muß dieser Zeuge, als ein fähiger Testamentszeuge angesehen werden.

---

## Nr. 4160.

### Unzulässigkeit der Verbindung der Pränotation und Sequestration zum Zwecke der Sicherstellung eines Erbschaftsgläubigers vor der Einantwortung.

**Entsch. v. 10. Mai 1871, Nr. 5403 (Best. des Decr. des L. G. Czernowitz v. 28. Sept. 1870, Nr. 19810, Abänd. des Decr. des O. L. G. Lemberg v. 19. Jänner 1871, Nr. 657). G. H. 1872, S. 250.**

Das nach §. 822 a. b. G. B. angebrachte Gesuch des Wechselgläubigers A gegen seinen Schuldner B 1. um Pränotation der Forderung auf der dem B als Erbe des M zugefallenen Liegenschaft und 2. um Sequestration der Einkünfte des Gutes wurde von dem Gerichte erster Instanz in dem zweiten Punkte wegen Unzulässigkeit der Sequestration — nach §. 822 a. b. G. B. — des dem B erst angefallenen Gutes abgewiesen, von dem O. L. G. hingegen aus fol-

genden Gründen bewilligt: Das Sequestrationsbegehren schließt jenes um Pfändung der Nutzungen selbstverständlich in sich; §. 422 westg. G. O. Nun gestattet sowohl der §. 822 a. b. G. B. wie das Hofd. v. 3. Juni 1846, J. G. S. Nr. 968, dem Gläubiger, ohneweiters das dem Schuldner angefallene Erbgut mit Pfändung zu belegen, und es ist die Sequestration nach §. 422 westg. O. G. immer eine Folge dieser gesetzlich gestatteten Pfändung der Nutzungen, die natürlich zur Wahrung der Ansprüche, die bei der Verlassenschaftsabhandlung sich ergeben können, bei Gericht deponirt werden müssen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung. Gründe: Dem A wurde Sicherstellung nach §. 822 a. b. G. B. schon durch die Pränotation verschafft. Da er nun in seinem Gesuche nicht einmal behauptet, daß diese Sicherstellung ungenügend sei (§. 458 ibid.), so ist sein Begehren um gleichzeitige Sequestration um so weniger zulässig. Selbst nach den von ihm in dem Appellationscurse angezogenen, übrigens hier nicht maßgebenden Bestimmungen der §§. 3 und 5 der kaiserl. Verordnung v. 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, ist der Wechselgläubiger nur berechtigt, die Sicherstellung durch Pfändung oder durch Sequestration zu fordern, nicht aber beide Sicherstellungsmittel ohne Noth zugleich in Anspruch zu nehmen.

---

## Nr. 4161.

### Voraussetzungen der Sequestration einer streitigen Sache auf Grund des §. 293 a. G. O.

Entsch. v. 10. Mai 1871, Nr. 5834 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 30. März 1871, Nr. 35473 und des O. L. G. Wien vom 18. April 1871, Nr. 7810). G. Z. 1871, Nr. 53.

Der Kaufmann A begehrte, indem er gleichzeitig die Firma B & C auf Anerkennung seines Eigenthumes an mehreren näher bezeichneten, in deren Verwahrung befindlichen Waaren und auf Ausfolgung derselben belangte, die Sequestration dieser Waaren in Gemäßheit des §. 293 a. G. O. Er habe dieselben der Firma B & C zur Spedition an D in Belgrad übergeben, und da er in Erfahrung gebracht, daß D inzwischen in Concurs verfallen sei, die Waaren jedoch noch in Wien bei den Beklagten sich befänden, auf Grund des Art. 402 H. G. deren Ausfolgung verlangt, welche ihm aber von B & C deshalb verweigert werde, weil sie wegen mehrerer ihnen gegen D zustehenden Forderungen ein Retentionsrecht an diesen Waaren auszuüben gedenken. Er bestreite jedoch, daß die Waaren in das Eigenthum des D übergegangen seien und berufe sich auf das von zwei protokollirten Firmen ausgefertigte Zeugniß des Inhalts, daß B & C an den frag-

lichen Waaren, welche sie von A zur Spedition übernommen hätten, ein Retentionsrecht ausüben wollen, weshalb die größte Gefahr vorhanden sei, daß sie während der Dauer des Eigenthumsprocesses veräußert werden, daß die Waare dem Verderben ausgesetzt sei', wenn nicht eine besonders sorgfältige Verwahrung derselben getroffen werde, daß endlich auch wegen der großen Menge von Waaren, welche Geklagte auf dem Lager haben, mit allem Grunde eine Vermengung der vom Kläger angesprochenen Gegenstände zu besorgen sei. Durch dieses Zeugniß sei die Gefahr erwiesen, welche das Gesetz im §. 293 a. G. O. voraussetze. Diesen Anführungen setzten die Geklagten entgegen, daß ihnen die Waare von A nicht zur Spedition (sie seien weder seine, noch eines Anderen Spediteure), sondern in Folge Auftrages des D als dessen Commissionären übergeben worden sei, daß daher das Eigenthum der Waaren rechtmäßig auf D überging. Sie machten weiter geltend, daß die Sequestration im Sinne des §. 293 a. G. O. nur gegen den Eigenthumsansprecher einer Sache, nicht aber gegen denjenigen verfügt werden könne, welcher an derselben ein Pfandrecht besitze oder ein Rententionsrecht ausübe; zwischen dem Kläger und den Geklagten als Retentionsberechtigten sei das Eigenthum nicht streitig, es fehle daher an der ersten Voraussetzung zur Sequestration. Auch sei die Gefahr nicht erweislich gemacht, das producirte Zeugniß offenbar aus Gefälligkeit ausgestellt, zumal die eine protokollirte Firma sich eines gleichlautenden, von A ausgestellten Zeugnisses in einer gleichen Rechtssache gegen B & C bediene; es spreche eine bloße Befürchtung aus, ohne Anführung bestimmter Thatsachen, welche eine Gefahr erweislich machen würden. Die Geklagten gaben endlich an, daß sie an den streitigen Waaren ein Retentionsrecht auszuüben gedenken, das ihnen nicht verkümmert werden dürfe, und welches jeden Verdacht ferne halte, daß sie die Waare eigenmächtig veräußern, verderben oder Schaden nehmen lassen würden. Im Nachtrage zu seinem Gesuche führte A an, die Gefahr sei in jüngster Zeit auch dadurch vergrößert worden, daß B & C ihr Geschäft an E verkauft zu haben vorgeben, daß sie über ihrem Geschäftslocale eine Tafel mit der Firma „E“ angebracht und um die Löschung ihrer protokollirten Firma angesucht haben, wodurch sie unzweideutig zu erkennen gaben, daß sie die Waaren zu veräußern gedenken. — Hierauf ward ein Gerichtsabgeordneter beauftragt, durch gerichtlichen Augenschein und geeignete Nachforschung über die letztangeführten Umstände dem Gerichte Gewißheit zu verschaffen, und sodann vom Gerichte erster Instanz die Sequestration gegen Erlag einer Caution von 300 fl. bewilligt. Diese Entscheidung gründete sich auf folgende Erwägung: Der §. 293 a. G O. stellt keineswegs als Grundsatz auf, daß das Eigenthum einer Sache zwischen beiden Theilen streitig sein müsse, denn er sagt nur: „in deren Besitz der Geklagte sich befindet“; es kann also dieser Besitz, ohne daß der Besitzer das Eigenthum prätendirt, sich auf andere Titel, wie hier das angeb-

liche Retentionsrecht, oder ein Pfandrecht gründen, und es tritt der Fall dieses Paragraphen in dem fraglichen Falle zweifellos nach dem Wortlaute des Gesetzes ein. Der Nachweis der Gefahr, den das Gesetz fordert, liegt allerdings nicht in dem Zeugnisse, in welchem nichts anderes gesagt wird, als daß Grund zur Befürchtung vorhanden ist, die fraglichen Waaren könnten verderben oder mit anderen vermengt werden, ohne daß irgend eine Thatsache angeführt wurde, aus welcher entnommen werden könnte, daß die Befürchtung begründet, daß und warum eine Gefahr vorhanden ist. Die Gefahr für den Kläger hat sich aber aus der Verhandlung selbst und aus dem gerichtlichen Augenscheine mit Evidenz ergeben. In der ersteren Beziehung geht sie schon aus dem Zugeständnisse der geklagten Firma hervor, daß sie die Waaren, an denen sie das Retentionsrecht übe, auf Grund ihrer gegen D in Belgrad eingeklagten Forderungen gerichtlich feilbieten lassen werde. Für den Gesuchsteller, der das Eigenthum an diesen Waaren behauptet, ist der gerichtliche Verkauf derselben eine nicht wesentlich geringere Gefahr als der freiwillige Verkauf, wenn er, falls im Rechtswege sein Eigenthum anerkannt wird, die Waare selbst nicht mehr findet und sich mit einer Entschädigung begnügen müßte. Es ist dies ein ähnlicher Fall, wie jener, wo das Gesetz dem Pfandinhaber die Feilbietung des Pfandes gestattet, einen Dritten aber, der das Eigenthum des Pfandes behauptet, die Sistirung der Feilbietung zu erwirken berechtigt, bis der Eigenthumsstreit beendet ist. Eine noch nähere Gefahr hat sich aber aus dem vom Kläger angebotenen und gerichtlich vorgenommenen Augenschein ergeben. Nachdem schon am ersten Tage nach der Einbringung des Sequestrationsgesuches die Löschung der Firma B & C angesucht worden war, hat der Augenschein ergeben, daß das Geschäftslocale dieser Firma gesperrt, nach Behauptung eines Nachbars und des Käufers selbst leer ist, daß nicht einmal die derzeitige Wohnung dieser Firmainhaber dort angegeben, sondern die Firma „E" auf der Thür erscheint, mit einem Zettel, wonach Auskünfte über die Firma B & C bei E ertheilt werden, welch' letzterer bereits einen Tag vor Einbringung des Sequestrationsgesuches das Geschäft der fraglichen Firma mit Activen, Passiven und Waarenlager übernommen haben will. Dieser Vorgang, man mag ihn noch so milde beurtheilen, involvirt allerdings die dem Kläger für sein prätendirtes Recht drohende Gefahr des nicht unwahrscheinlichen Verlustes der Waare während des Processes, weshalb nach §. 293 a. G. O. die Sequestration bewilligt werden mußte. — Das O. L. G. bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid.

In der Erwägung, daß die Erfordernisse des §. 293 a. G. O. allerdings vorhanden sind, indem der Sequestrationswerber die Ausfolgung von Waaren anspricht, in deren Besitz die Recurrenten sich befinden, und von ihm eine mit deren Belassung in der Innehabung der Firma B & C verbundene Gefahr genügend dargethan wurde,

wobei es sich nicht um eine strenge gerichtsordnungsmäßige Beweisführung handelt, daher auch der vom Sequestrationswerber beantragte Augenschein allerdings angeordnet werden konnte; daß durch die vom Gerichtsabgeordneten erhobenen und theilweise von den Geklagten zugegebenen Umstände die Gefährdung des Sequestrationswerbers hinlänglich bescheinigt ist; daß das Pfandrecht der Firma durch die Sequestration unberührt bleibt, und sie gegen einen Nachtheil aus der Verzögerung der Realisirung durch die erlegte Caution sichergestellt ist, hat der oberste Gerichtshof den Recurs gegen die untergerichtlichen Verordnungen abgewiesen.

---

## Nr. 4162.

### Förmlichkeiten einer allographen letztwilligen Erklärung: Unterfertigung mittelst Führung der Hand des Erblassers.

**Entsch. v. 11. Mai 1871, Nr. 13431 (Best. des Urth. des L. G. Prag vom 10. Mai 1870, Nr. 9122, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 26. Juli 1870, Nr. 25679). G. Z. 1871, Nr. 250.**

In dem Processe des A gegen B pto. Ungiltigkeit des von Hieronymus M hinterlassenen allographen Codicilles ward festgestellt, daß M sein Handzeichen nicht in Gegenwart aller drei Codicillzeugen beigesetzt hat und daß sein neben dem Handzeichen stehender Namen: „Hieronymus M" von einem der Zeugen, welcher dabei seine Hand führte, geschrieben worden ist. — Nach diesem Sachverhalte wurde das Codicill von dem O. L. G. mit Berufung auf die §§. 579 und 580 a. b. G. B. für ungiltig erklärt.

In Uebereinstimmung mit der ersten Instanz erkannte der oberste Gerichtshof auf die Giltigkeit der letztwilligen Anordnung. Gründe: Der Kläger behauptet, daß die Unterschrift: „Hieronymus M" nicht die eigenhändige Unterfertigung des M sei (§. 579 a. b. G. B.), weil der Zeuge, seine Hand führend, den Vor- und Zunamen des M geschrieben habe, daß daher nur das Handzeichen des M als dessen eigenhändige Fertigung anzusehen sei, welches aber gegen die Vorschrift des §. 580 a. b. G. B. von ihm nicht in Gegenwart aller drei Zeugen beigesetzt wurde. Allein einerseits wird von dem Kläger selbst nicht angeführt, daß M des Schreibens unkundig war, und andererseits muß in der von ihm selbst bewußt unternommenen Handlung: Beisetzung erst des Handzeichens und dann des von dem Zeugen mit Führung seiner Hand geschriebenen Namens, der Wille des M, das Codicill eigenhändig zu unterfertigen, als ausgedrückt und ausgeführt erkannt werden; denn es ist nur ein ungenauer Ausdruck, dessen sich die Codicillzeugen X und Y bedienten, als sie angaben, daß der Zeuge Z, die Hand des M führend, dessen Namen beigesetzt habe, weil in der

That vielmehr dieser selbst seinen Namen, nur mit Hilfe des Z, beigesetzt hat. Es mußte daher, ohne erst zu erörtern, ob bezüglich des von M beigefügten Handzeichens die Beobachtung der im §. 580 vorgeschriebenen Förmlichkeiten erforderlich waren, das Codicill, als im Sinne des §. 579 von M eigenhändig unterfertigt erklärt werden.

---

## Nr. 4163.

### Haftung für fremde Delicte: culpa in eligendo. — Anerkennung der Schuld?

**Entsch. v. 11. Mai 1871, Nr. 13862 (Best. des das Urth. des B. G. Innsbruck v. 9. März 1870, Nr. 2688, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck v. 28. Oct. 1870, Nr. 1519). G. Z. 1871, Nr. 64. G. H. 1871, S. 211.**

Die Entscheidung des Gerichtes erster Instanz, wodurch auf die Klage der Gasfabriksverwaltung A gegen den Wirth B der Letztere für seinen Knecht, welcher durch das Anfahren mit einem Heuwagen eine Gas-Straßenlaterne beschädigt hatte, zur Zahlung von 10 fl. als Schadenersatz verurtheilt wurde, war auf den §. 1315 a. b. G. B., weil der Knecht durch seine Nachlässigkeit die Beschädigung verschuldet hatte, und auf die beim Stadtpolizeiamte abgegebene Erklärung des Beklagten gegründet, daß er den Schaden ersetzen wolle, wenn Sachverständige aussprechen, daß die Laterne in der vorgeschriebenen Höhe angebracht war. — Das O. L. G. hat die Klägerin aus folgenden Gründen abgewiesen: Die indirecte Haftung, um welche es sich hier handelt, kann dem B nicht aufgebürdet werden, da keine der gesetzlichen Ausnahmen von der im §. 1313 a. b. G. B. aufgestellten Regel vorliegt. Das Gericht erster Instanz glaubte zwar der im §. 1315 enthaltenen Ausnahme stattgeben zu sollen, allein dazu wäre die klägerischerseits bewiesene Untüchtigkeit des von B als Wagenführer bestellten Knechtes erforderlich gewesen. Unachtsamkeit in einem vereinzelten Fall liefert aber noch lange nicht den Beweis der Untüchtigkeit zu einem Geschäfte überhaupt und keiner von den verhörten Zeugen beschuldigte den Knecht der Untüchtigkeit zum Wagenlenken; vielmehr sagte einer von ihnen ausdrücklich, daß derselbe Knecht schon öfters den gleichen Weg ohne Anstand gefahren ist, somit sich als hiezu tüchtig bewährt hat. Deshalb und weil die Erklärung des B beim Stadtpolizeiamt, die ganz allgemein lautete und unter einer nicht erfüllten Bedingung (des — nicht eingeholten — Ausspruches der Experten) abgegeben wurde, dem Geständniß der Schuld und Entschädigungspflicht nicht gleichkommt, mußte das Klagebegehren verworfen werden.

Mit Bezugnahme auf diese Motivirung bestätigte der oberste Gerichtshof das Urtheil der zweiten Instanz.

---

## Nr. 4164.

### Actio negatoria: Erwerbung des dienenden Grundstückes im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher?

**Entsch. v. 11. Mai 1871, Nr. 3001 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. St. Veit v. 6. August 1870, Nr. 757 und des O. L. G. Graz vom 14. Dec. 1870, Nr. 12451). G. Z. 1871, Nr. 65.**

A, welcher seit 1866 in Folge Kaufs der grundbücherliche Eigenthümer der Plankerthube zu X ist, bestritt mit der im November 1869 gegen B angestellten negatorischen Klage die vom Letzteren als Besitzer der Waitzlbauerhube ausgeübte, nicht intabulirte Servitut des Geh- und Fahrweges über die zur klägerischen Hube gehörigen Parcellen Nr. 44, 50 und 52 zu der einen Bestandtheil der Waitzlbauerhube bildenden Parcelle Nr. 53. Der Beklagte vertheidigte sich mit der vollendeten 30jährigen Ersitzung der Servitut unter Anbietung des, auch aufgenommenen Zeugenbeweises, wogegen der Kläger den §. 1500 a. b. G. B. für sich anrief.

Der oberste Gerichtshof bestätigte aus folgenden Gründen die den Kläger abweisenden Urtheile der Untergerichte: Durch die Aussagen der verhörten Zeugen ist erwiesen, daß der Vater und Besitzvorfahr des Beklagten B und seit dessen Tod B selbst im Ganzen durch mehr als 30 Jahre bis zum Herbst 1869 ungestört die bestrittene Servitut ausgeübt haben. B hat also durch diese ununterbrochene Benutzung der klägerischen Parcellen die Dienstbarkeit mittelst Ersitzung rechtlich erworben. Dieser Erwerbung steht der §. 1500 a. b. G. B. nicht entgegen, obschon A das dienende Gut erst im Jänner 1866 und zwar durch Kauf an sich gebracht hat. Denn es kann die Einwendung des §. 1500 demjenigen, welcher eine Dienstbarkeit an einer Liegenschaft ersessen hat, von dem neuen Eigenthümer der Liegenschaft, der sie noch vor der Eintragung der Servitut erworben hat, dann nicht entgegengesetzt werden, wenn er zur Zeit der Erwerbung des dienenden Gutes von dem factischen Bestehen der Dienstbarkeit durch den Augenschein Kenntniß hatte, oder bei Anwendung der erforderlichen Aufmerksamkeit sich Kenntniß davon verschaffen konnte. Das Letztere tritt nun eben hier ein; denn es handelt sich um die Parcelle Nr. 53 des Beklagten, die auf zwei Seiten von jenen des Klägers, auf den anderen Seiten von fremden Aeckern begrenzt, Zugang und Zufuhr eben nur über die klägerischen Parcellen Nr. 40, 50 und 52 hat, weil, nach der Aussage von zwei unbedenklichen Zeugen, der Besitzer der Waitzlbauernhube, um zu seiner Parcelle 53 zu kommen, keinen anderen Weg hat. Demgemäß konnte A bei und vor Erwerbung der Plankerthube mit einiger Aufmerksamkeit sich von der Benutzung der zu dieser Hube gehörigen Parcellen für Zugang und Zufuhr auf die Parcelle Nr. 53 überzeugen und Anlaß finden, sich über die Befugniß seines Nachbars zu solcher Benutzung Auf-

klärung zu verschaffen; es kann daher von einer blos im Vertrauen auf das öffentliche Buch erfolgten Erwerbung seiner Hube keine Rede sein, um so weniger, als nach Angabe eines Zeugen der Kläger schon bei 30 Jahren in X sich befindet, die dortigen nachbarlichen Wirthschaftsverhältnisse kennen mußte und weiters aus der Proceßverhandlung sich ergab, daß er während seiner Besitzzeit, also volle vier Jahre hindurch, von der factischen Ausübung der Servitut Kenntniß hatte und, ohne von dem §. 1500 Gebrauch zu machen, dieselbe gestattete.

---

## Nr. 4165.

## Publicitätsprincip: Fortbestand der Hypothek trotz erfolgter Tilgung der Schuld.

**Entsch. v. 11. Mai 1871, Nr. 3081 (Best. des das Urth. des B. G. Unterkralovic v. 10. Sept. 1870, Nr. 6068, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 8. Nov. 1870, Nr. 37840). Zeitschr. f. d. Notariat 1872, Nr. 36.**

Für B ist auf der Liegenschaft des A eine Forderung von 185 fl. pfandrechtlich intabulirt und auf der Letzteren eine Forderung des C gegen B pränotirt. A belangte nun den für B wegen dessen Abwesenheit bestellten Curator und den C auf Löschung der Intabulation des B und der Pränotation des C auf Grund der von ihm vor der Pränotation des C dem B geleisteten Zahlung der Forderung von 185 fl., welche er durch den referiblen Haupteid zu beweisen sich erbot. — Das Gericht erster Instanz erkannte auf den dem Kläger zurückgeschobenen Haupteid und verurtheilte für den Fall der Ableistung desselben die Beklagten nach dem Klagebegehren. — Auf die nur von C ergriffene Appellation hat das O. L. G. die Klage unbedingt abgewiesen. Gründe: Der §. 469 a. b. G. B. erklärt, daß zur Aufhebung einer Hypothek die Tilgung der Schuld allein nicht hinreicht und daß das Pfandgut so lang verhaftet bleibt, bis die Schuldurkunde in dem öffentlichen Buche gelöscht ist. Daher bleibt in dem vorliegenden Falle die Realität des Klägers dem C, der zugestandenermaßen gutgläubig im Vertrauen auf das öffentliche Buch die Pränotation auf der Satzforderung des B erlangt hat, verhaftet, sein rechtswirksam erworbenes Pfandrecht unberührt und der Kläger hat sich selbst die Folge davon zuzuschreiben, daß er unterließ, zur rechten Zeit von B die Ausstellung einer intabulationsfähigen Quittung über die gezahlten 185 fl. zu verlangen und auf Grund derselben die Löschung der Hypothek des B zu erwirken. Diese Klage allein steht dem Besitzer des Pfandgutes zu, und er kann sie auch gegen abwesenden B unbekannten Aufenthaltes anstellen und durchführen. Die gegenwärtige Klage aber ist unstatthaft und deshalb abzuweisen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz mit Bezugnahme auf die vorstehende Begründung und mit der weiteren Bemerkung, daß die zwei letzten Sätze des §. 469 a. b. G. B. keineswegs (wie der Kläger in der Revisionsbeschwerde behauptet) nur eine formelle, lediglich dem Tabularrichter zur Richtschnur dienende Bestimmung enthalten, sondern den Zweck haben, die dritten Personen, welche vor der Löschung einer intabulirten Forderung im Vertrauen auf das öffentliche Buch das Eigenthum oder ein Pfandrecht an derselben erworben haben, in Schutz zu nehmen und dadurch den Realcredit zu erhalten; daß daher diese Vorschrift eine die Rechte der Parteien materiell normirende und die §§. 447 und 449 a. b. G. B. beim Vorhandensein der gesetzlichen Bedingungen modificirende Anordnung ist, die für den Realcredit nothwendig war, weil sonst die Erwerbung dinglicher Rechte an Hypothekarforderungen durch Einverständniß des Besitzers der Pfandsache mit seinem Gläubiger illusorisch gemacht werden könnte.

---

## Nr. 4166.

### Bemessung der Entschädigung für eine erlittene körperliche Verletzung.

**Entsch. v. 11. Mai 1871, Nr. 4937 (Best. des das Urth. des B. G. Zuckmantel v. 10. Nov. 1870, Nr. 3185, theilweise abänd. Urth. des O. L. G. Brünn v. 15. Februar 1871, Nr. 1148). G. Z. 1871, Nr. 72.**

Der Knabe A erlitt durch Verschulden des B eine Körperverletzung, welche den Verlust seines linken Auges zur Folge hatte. Sein Vater und gesetzlicher Vertreter belangte deshalb den B auf Zahlung 1. der Heilungskosten und des Schmerzengeldes, 2. „eines Capitals von 1600 fl. zur Deckung des Erwerbverdienstes". — Vom Gerichte erster Instanz wurde der Klage vollständig stattgegeben, wogegen das O. L. G. den Anspruch ad 2 aus folgenden Gründen für dermalen abwies: Was die Zuerkennung des Capitals von 1600 fl. anbetrifft, dessen Zahlung dem Beklagten zur Deckung des geschmälerten Erwerbverdienstes auferlegt wurde, so sind die erstgerichtlichen Motive nicht geeignet, diesen Ausspruch zu rechtfertigen. Wenn auch nicht bestritten werden kann, daß der Ersatz für künftigen Verdienstentgang dem Beschädigten auch durch Zahlung eines Capitals geleistet werden könnte, so fehlt hier jede Grundlage, um das Aequivalent des dem A durch den Verlust des Auges in Zukunft entgehenden Verdienstes, mit Abstandnahme von der Zahlung einer dem Erwerbsentgang entsprechenden Rente, durch ein ziffermäßig bestimmtes Capital fixiren zu können. Denn A, in seinem Knabenalter durch den Verlust eines Auges beschädigt, hat noch keinen bestimmten Nahrungszweig für sein

Fortkommen ergriffen. Auch liegt nicht vor, welchen Erwerbszweig überhaupt er wählen will, und wie weit der Verlust der Sehkraft eines Auges dessen beabsichtigte Wahl beirrt. Es fehlt daher jeder Maßstab von vornherein für die Beurtheilung, in wie fern durch den bleibenden Verlust der Sehkraft des einen und die etwa eintretende Schwäche der Sehkraft des andern Auges der künftige Erwerb des Verletzten geschmälert sein wird. Dazu kommt, daß die Lebensdauer unbestimmbar ist, welche bei dem Ausspruche über das Maß der Entschädigung ohne Beeinträchtigung des Beklagten nicht außer jedem Anschlage bleiben darf. Diese Erwägungen lassen ohne Ungerechtigkeit gegen den Beklagten, der nur beim Eintritt gänzlicher oder theilweiser Erwerbsunfähigkeit zum Ersatz des Entganges künftigen Verdienstes verpflichtet ist, die Fixirung eines bestimmten Entschädigungscapitales vorläufig nicht zu und es kann daher in dieser Richtung die Entscheidung der ersten Instanz nicht als gerechtfertigt erkannt werden, um so weniger als dieselbe das Gutachten der Aerzte zur Grundlage nimmt, welche zu einem solchen Urtheil für sich allein nicht berufen erscheinen. Die Beschränkung der Abweisung „für dermalen" gründet sich darauf, daß in dem Falle künftigen Verdienstentganges, der nach den erhobenen Umständen sehr leicht eintreten kann, der Ersatz desselben dem Beschädigten nach §. 1325 a. b. G. B. gebührt, mithin dem Kläger das Recht vorbehalten bleiben muß, diese Entschädigung durch Zahlung eines Capitals oder einer fortlaufenden Rente vom Beklagten seinerzeit zu fordern.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil aus dessen Gründen.

---

## Nr. 4167.

### Anspruch des Verpächters auf Ersatz des auf die dem Pächter widerrechtlich entzogene Sache gemachten Aufwandes.

**Entsch. v. 11. Mai 1871, Nr. 5252 (Best. des Urth. des B. G. Ungar.-Brod v. 31. Oct. 1870, Nr. 5421, Abänd. des Urth. des O. L. G. Brünn vom 11. Jänner 1871, Nr. 17344). G. Z. 1871, Nr. 80.**

Nachdem A durch gerichtliches Erkenntniß v. 18. März 1869 zur Zurückstellung eines dem B verpachteten Ackers, welchen er demselben widerrechtlich entzogen hatte, verurtheilt und am 2. Juni 1869 der Acker von ihm zurückgestellt worden war, belangte er nach §§. 1036 und 1042 a. b. G. B. den B auf Entrichtung von zwei Metzen Gerste oder Zahlung ihres Werthes aus dem Grunde, weil er den Acker im Frühjahr 1869 mit der angeführten Menge von Gerste besäet hatte, was er durch den dem B aufgetragenen und ihm zurückgeschobenen Haupteid zu beweisen sich erbot. — Auf diesen Eid erkannte

das Gericht erster Instanz, indem es dem Klagebegehren gegen Leistung desselben durch den Kläger stattgab. — Vom O. L. G. hingegen wurde die Klage ohne Weiteres aus folgenden Gründen abgewiesen: Der Beweis, welcher für Rechtfertigung des auf die §§. 1036 und 1042 a. b. G. B. gegründeten Klaganspruches erforderlich war, nämlich der Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit des zur Schadensabwendung gemachten Aufwandes des Klägers oder des Umstandes, daß der Beklagte nach dem Gesetze selbst den Aufwand hätte machen müssen, wurde von A nicht geliefert und ist schon deshalb sein Anspruch abzuweisen. — Der Richter erster Instanz verkannte nicht diesen Mangel und stützte daher die Beurtheilung des B auf den — von A gar nicht in Betracht gezogenen — Rechtsgrund des §. 1037, ohne jedoch sein Erkenntniß damit gerechtfertigt zu haben, weil A, nach seinem Geständnisse und dem producirten Urtheile v. 18. März 1869 zufolge, den Acker nicht, um den Nutzen des B zu fördern, sondern des eigenen Vortheiles wegen vertragswidrig an sich gezogen und mit Gerste bebaut hat; weil nicht nur für die untergerichtliche Annahme, daß sein Anbau zu des Beklagten klarem und überwiegenden Vortheil ausschlug, die Anhaltspunkte fehlen, sondern vielmehr seinerseits stillschweigend das von B angeführte Gegentheil zugestanden ist, daß nämlich die Bestellung des Ackers mit Gerste die unvortheilhafteste Benützung gewesen und B den mit dieser Frucht ohne vorgängige Düngung bebanten Acker sofort wieder umgeackert, gedüngt, mit Kartoffeln bestellt und dies alles mit eigenen Händen ohne Baraufwand geschaffen haben würde, wenn es dazu nach der erst am 2. Juni 1869 geschehenen Zurückstellung des Feldes nicht zu spät gewesen wäre; weil endlich der Umstand, daß von den Ortsinsassen X und Y die gesäete Gerste vor dem Schnitt 1869 als gut angebaut erklärt und die Frucht von dem Beklagten eingeheimst wurde, nicht beweiset, daß des Klägers Anbau dem Beklagten zu einem, den Nutzen, welchen der Letztere ohne den Eingriff des Ersteren aus der Pachtung gezogen haben würde, überwiegenden klaren Vortheil gereicht hat und daß der Kläger für diese im eigenen Interesse unternommene Bestellung des Ackers zu einem Ersatzanspruch berechtigt ist. Die dem Kläger gegenüber zur Anwendung kommenden Normen sind in den §§. 336, 1035 und 1040 a. b. G. B. enthalten, nach welchen der Beklagte ihm nicht ersatzpflichtig ist, wenn ihm auch mit dem Bezuge der Fechsung der durch die eigenmächtige Occupation des Ackers entgangene Nutzen zum Theil vergütet worden sein mag.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz. Gründe: Wenn der unredliche Besitzer, als welcher A in Folge des Urtheiles vom 18. März 1869 seit Zustellung der Klage zu behandeln war (§. 338 a. b. G. B.), auf die Sache einen Aufwand gemacht hat, so ist nach §. 336 dasjenige anzuwenden, was das Gesetz für den Aufwand des negotiorum gestor verordnet. Da nun der Anbau

eines Grundstückes jedenfalls zur Beförderung des Nutzens geschieht, so hat hier der §. 1037 Anwendung zu finden: Ersatz der Kosten, mit welchen der negotiorum gestor das Geschäft zum klaren und überwiegenden Vortheile des Anderen geführt hat. Diese Bedingung tritt aber hier ein, wenn der Kläger es gewesen, der den Acker im Frühjahre 1869 mit Gerste angebaut hat, da die Frucht vom Beklagten eingefechst wurde; und es kann nicht weiter darauf ankommen, daß nicht etwa der Beklagte den Acker doch vortheilhafter zu benutzen vermocht hätte.

---

## Nr. 4168.

### Voraussetzungen der Todeserklärung: Theilnahme eines Soldaten an einer Schlacht.

**Entsch. v. 14. Mai 1871, Nr. 5892 (Best. des Decr. des B. G. Brüx vom 18. Februar 1871, Nr. 1065, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 20. März 1871, Nr. 9539). G. H. 1871, S. 239.**

Das Gericht erster Instanz hat auf das Gesuch der A um Todeserklärung des M nach §. 24 a. b. G. B., welcher laut Regimentsbefehles am 25. Mai 1866 in der Schlacht von Königgrätz war und seitdem vermißt wird, denselben gegen den Protest des für ihn bestellten Curators als todt erklärt, indem es annahm, daß M, weil in der erwähnten Schlacht gewesen, sich in einer nahen Todesgefahr befunden habe (§. 24, Nr. 3 a. b. G. B.). Daß M damals schwer verwundet wurde, liegt nicht vor. — Das O. L. G. war der Meinung, daß die Anwesenheit auf dem Schlachtfelde für sich allein als eine dem Anwesenden drohende nahe Todesgefahr nicht angesehen werden könne und wies daher das Gesuch der A zurück.

Der oberste Gerichtshof theilte die Ansicht des Gerichtes erster Instanz und bestätigte die von demselben ausgesprochene Todeserklärung.

---

## Nr. 4169.

### Klage auf Restitution aus einer Leihanstalt verschaffter Sachen und auf Vergütung der Leihgebühr: zeitlicher Umfang der Verurtheilung.

**Entsch. v. 16. Mai 1871, Nr. 42 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des H. G. Wien v. 15. April 1870, Nr. 42278 und des O. L. G. Wien vom 20. Oct. 1870, Nr. 16737). G. H. 1871, S. 226.**

A führte in seiner Klage gegen B an, daß er, von B darum ersucht, demselben 300 Getreidesäcke durch die Sackleihanstalt C zum

zeitlichen Gebrauche übersendet, B aber die Säcke nicht zurückgestellt habe, und stellte das Begehren, daß derselbe verurtheilt werde, 1. die 300 Säcke ihm zu restituiren oder deren Werth mit 150 fl. zu zahlen, 2. ihm bis zur Zurückstellung oder Zahlung des Werthes ein Drittelkreuzer per Tag und Sack zu zahlen. — Beide Untergerichte haben dem Klagebegehren ad 1 unbedingt stattgegeben, ad 2 unter der Bedingung des durch den Haupteid erbrachten Beweises, daß die Absendung der Säcke im Auftrage des Klägers durch die Leihanstalt C geschah und daß der Kläger der Leihanstalt für die Ausleihung der Säcke ein Drittelkreuzer per Sack und Tag entrichten mußte, den Beklagten zum Ersatz dieser Leihgebühr für den Zeitraum von der Uebersendung der Säcke bis zum Tag der Klage verurtheilt, hingegen den Ersatzanspruch des Klägers für die Zeit von der Klageanstellung bis zur Restitution der Säcke abgewiesen, weil — nach den obergerichtlichen Motiven — der Anspruch auf Ersatz der Leihgebühr als eine Entschädigungsforderung von dem Beweise der Thatsache abhängt, daß der Kläger die Leihgebühr mit einem Drittelkreuzer per Tag und Sack zahlen mußte, d. h. wirklich zahlte, der zum Beweise hiefür zugelassene Haupteid aber selbstverständlich sich nur auf den Zeitraum bis zur Klageanstellung beziehen kann, indem über zukünftige Handlungen (Zahlungen) ein Eid nicht aufgetragen werden kann und die von dem Kläger angerufene Analogie der Verzugszinsen nicht vorhanden ist, da der Anspruch auf dieselben sich im Gesetze gründet, daher keines weiteren Beweises bedarf.

Von dem obersten Gerichtshofe wurde der Beklagte zur Zahlung der Leihgebühr im obigen Betrage auch für die Zeit von dem Tage der Klage bis zur Zurückstellung der Säcke oder Zahlung ihres Werthes verurtheilt. Gründe: Wird (mit dem Haupteide) bewiesen, daß der Kläger für die entlehnten Säcke der Leihanstalt einen Drittelkreuzer per Tag und Sack zu entrichten hatte, so muß die Verbindlichkeit des Beklagten zum Ersatze der Leihgebühr auf die ganze Zeit bis zur Rückstellung der Säcke ausgedehnt werden. Denn sobald der Kläger zur Zahlung dieser Leihgebühr verpflichtet und — was der Beklagte hätte beweisen müssen — diese Verpflichtung in der Folge weder aufgehoben noch beschränkt worden ist, unterliegt es keinem Zweifel, daß der Beklagte, der ihn durch die Verweigerung der Zurückgabe der Säcke verhinderte, sich von seiner Zahlungspflicht gegen die Leihanstalt zu befreien, dem Kläger bis zur Restitution der Säcke oder Zahlung ihres Werthes für die Leihgebühr in dem besagten Ausmaße ersatzpflichtig bleibt. Demnach durfte der Ersatzanspruch des Klägers nicht auf die Zeit bis zur Klageanstellung beschränkt und die Verfolgung des Anspruches von diesem Zeitpunkte ab nicht einer späteren neuen Klage vorbehalten werden, weil es sich um ein zur Zeit der Klage schon bestehendes Forderungsrecht desselben handelt, welches sich über diesen Zeitpunkt hinaus erstreckt, und der Umstand, daß der Zeitpunkt der

Herausgabe der Säcke von Seite des Beklagten zur Zeit der Klage noch unbestimmt war, den Zuspruch der Forderung in ihrem vollen Umfange nicht hindern konnte, zumal es nicht auf eine unbestimmte Leistung dabei ankommt, sondern die Factoren für die Berechnung der Ersatzsumme mit der Bestimmung, daß für 300 Säcke ein Drittelkreuzer als Leihgebühr per Tag und Sack bis zur Restitution der Säcke zu zahlen sei, genau gegeben sind.

---

## Nr. 4170.

### Bestellung einer Hypothek durch den Verkäufer nach vollzogenem, aber noch nicht verbüchertem Eigenthumswechsel.

**Entsch. v. 16. Mai 1871, Nr. 2152 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Boskowitz v. 29. Juni 1870, Nr. 2485 und des O. L. G. Prag v. 30. Nov. 1870, Nr. 15834). G. H. 1871, S. 347.**

B trat sein Haus gegen Entgelt dem A zu einer Zeit ab, als er selbst noch nicht an die Gewähr desselben geschrieben war. Darauf wurde in Folge Urtheiles die Intabulation des Eigenthums des B vollzogen, sodann von ihm dem C, der von der Abtretung wußte, für eine Forderung von 200 fl. an dem Hause ein Pfandrecht bestellt und nach der Intabulation desselben die grundbücherliche Umschreibung des Eigenthums des Hauses von B auf A vorgenommen. Nun belangte A den B und C auf Löschung der Pfandrechtsintabulation, weil B nach der an ihn geschehenen Abtretung des Hauses nicht mehr berechtigt gewesen sei, es mit einer neuen Schuld zu belasten. — Seine Klage wurde von beiden Untergerichten mit Berufung auf die Bestimmungen der §§. 322, 440, 431 und 443 a. b. G. B. abgewiesen, weil eine Unredlichkeit des C bei der Erwerbung des Pfandrechtes nicht vorliegt. Gegen B und C war wegen betrügerischer Ausstellung der Schuldverschreibung das Strafverfahren eingeleitet worden; sie wurden aber des Betruges für nicht schuldig erkannt.

Von dem obersten Gerichtshofe wurde dem Klagebegehren aus folgenden Gründen stattgegeben: Durch den Vertrag, mit welchem B alle seine Rechte an dem Hause auf den A übertrug und durch die Tradition desselben an A, hatte er jedes Dispositionsrecht über das Haus verloren und war zur Verpfändung desselben an C nicht mehr berechtigt. Diese Pfandbestellung ist an und für sich rechtsunwirksam. Allein auch C konnte giltig das Pfandrecht an dem Hause nicht erwerben, weil ihm bekannt war, daß B das Haus dem C abgetreten hatte.

---

## Nr. 4171.

### Aufnahme und Verbücherung eines Darlehens durch einen Minderjährigen: Emancipatio säxonica?

**Entsch. v. 17. Mai 1871, Nr. 2627 (Best. des das Urth. des B. G. Sittig v. 25. Mai 1870, Nr. 1334, abänd. Urth. des O. L. G. Graz vom 4. Nov. 1870, Nr. 10826). G. H. 1871, S. 255.**

Auf Grund des Uebergabsvertrages, mit welchem A seinem 16jährigen Sohne C sein Gut abtrat, wurde C ohne Anmerkung der Minderjährigkeit an die Gewähr geschrieben. Nach vollendetem 20. Lebensjahre nahm C bei B ein Darlehen von 100 fl. auf mit grundbücherlicher Verpfändung der erwähnten Liegenschaft. Nun trat A gegen B klagend auf und begehrte die Ungiltigerklärung der ihm von C ausgestellten Schuldverschreibung und die Löschung des Pfandrechtes wegen der Minderjährigkeit des C. Der Beklagte wendete ein, daß C, nachdem ihm der Kläger durch die Uebergabe der Liegenschaft die Führung eines eigenen Haushaltes gestattet hatte, zur Zeit der Aufnahme des Darlehens schon gesetzlich großjährig gewesen sei (§§. 174 und 252 a. b. G. B.) und daß, hievon abgesehen, er, Beklagter, jedenfalls berechtigt gewesen sei, den C für großjährig zu halten, da derselbe im Grundbuche als Eigenthümer der Realität eingetragen war, dessen Minderjährigkeit darin nicht angemerkt sei und C sich stets als Besitzer und als Großjähriger gerirt habe. — Von dem Gerichte erster Instanz wurde die Klage abgewiesen, weil die Voraussetzungen des §. 174 a. b. G. B., nämlich: das Alter von 20 Jahren zur Zeit der Darlehensaufnahme und die damals von A dem C bereits eingeräumte Führung eines eigenen Haushaltes, vorhanden seien und weil der Beklagte bei der Schließung des Geschäftes im Vertrauen auf das öffentliche Buch gehandelt habe. — Das O. L. G. erkannte aus folgenden Gründen nach dem Klagebegehren: Nach den §§. 152 und 172 a. b. G. B. (durch die Nothwendigkeit der väterlichen Einwilligung beschränkte Handlungsfähigkeit der minderjährigen Kinder — regelmäßige Dauer der väterlichen Gewalt bis zur physischen Großjährigkeit) ist die Darlehensforderung des Beklagten gegen C ungiltig und konnte auf Grund derselben kein Pfandrecht erworben werden (§. 449 ibid.). Die im §. 174 a. b. G. B. statuirte Erlöschung der väterlichen Gewalt ist durch die Ueberlassung des Eigenthums der Liegenschaft von Seite des A an den C nicht eingetreten, weil eine solche Veräußerung mit der Gestattung der Führung eines eigenen Haushaltes nicht gleichbedeutend ist. Wäre sie es aber auch, so würde dadurch die Entlassung des C aus der väterlichen Gewalt des A dennoch nicht bewirkt, weil C damals noch nicht 20 Jahre alt war (§. 174) und sie erlangte auch nicht in der Folge — nachdem C dieses Alter erreicht hatte — diese Wirksamkeit, weil die Gestattung der Führung eines eigenen Haushaltes nur die Folge der Ueberzeugung sein kann, die der Vater von der

Reife des Kindes gewonnen hat, indem sonst das Kind, welchem der Vater, als es noch in der Wiege lag, eine Liegenschaft abgetreten hat, mit dem 20. Jahre eigenberechtigt sein müßte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil aus den vorstehenden Gründen und in weiterer Erwägung, daß die Bestimmung des §. 252 a. b. G. B., gemäß welcher der Minderjährige, dem von der Behörde der Betrieb eines Gewerbes verstattet wird, dadurch für volljährig erklärt wird, nach dem Hofdcr. v. 28. Oct. 1829, J. G. S. Nr. 2437, auf die Ueberlassung eines Wirthschaftsbetriebes nicht auszudehnen ist; daß, wenn auch nach dem Hofdcr. vom 15. Juni 1835, J. G. S. Nr. 38, zur Bewilligung der Verleihung eines Gewerbes an einen Minderjährigen und überhaupt zur Entlassung eines Kindes aus der väterlichen Gewalt das zurückgelegte 20. Lebensjahr als unerläßliche Bedingung nicht vorgeschrieben ist, doch aus dem klaren Wortlaute dieses Hofdecretes und aus dem §. 174 a. b. G. B. hervorgeht, daß die Entlassung aus der väterlichen Gewalt und die damit verbundene Eigenberechtigung des Kindes nur durch ausdrückliche Erklärung des Vaters und mit Genehmhaltung des Gerichtes erfolgen kann; daß, wenn auch A durch den Uebergabevertrag auf seinen damals 16jährigen Sohn das Eigenthum und vielleicht auch die Bewirthschaftung seiner Liegenschaft übertragen hat, weder durch die Vertragsurkunde noch in anderer Weise gegen den Widerspruch des Klägers bewiesen ist, daß er seinen Sohn damals oder später, allein noch vor dem Tage der Aufnahme des Darlehens, resp. der Ausstellung des Schuldscheines durch denselben, ausdrücklich und mit gerichtlicher Genehmigung aus seiner Gewalt entlassen, noch daß er demselben vor diesem Tage auch nur eine abgesonderte Haushaltung gestattet habe.

---

## Nr. 4172.

## Beweislast hinsichtlich der Rechtskraft einer administrativen Entscheidung.

**Entsch. v. 17. Mai 1871, Nr. 5564 (Best. des Urth. des K. G. Pisek vom 14. Dec. 1870, Nr. 5256, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag v. 21. Februar 1871, Nr. 5527). G. Z. 1871, Nr. 82.**

Die am 9. October 1870 angestellte Klage des A gegen die Stadtgemeinde B pcto. Zahlung von 14 fl. als Schadenersatz, ist gegründet auf die Entscheidung der zuständigen Bezirkshauptmannschaft vom 30. März 1870, wodurch die Stadtgemeinde schuldig erklärt wurde, ihm den durch boshafte Verunreinigung seines Hauses in B erlittenen Schaden im Betrage von 14 fl. zu ersetzen, und auf das Erkenntniß der Statthalterei vom 14. Juli 1870, wodurch die Entscheidung der Bezirkshauptmannschaft in dem Punkte der ausgespro-

chenen Ersatzpflicht der Gemeinde bestätigt, in jenem des Ersatzbetrages aufgehoben und A angewiesen worden ist, desfalls im Rechtswege aufzutreten *). Die Beklagte bestritt die Rechtskraft dieser von A vorgelegten Entscheidungen und producirte einen Beleg, welcher ihren am 7. November 1870 dagegen ergriffenen Recurs ausweiset, wogegen sich A wegen Unzulässigkeit des Recurses gegen Entscheidungen der Landesbehörde in Sachen der Localpolizei und, davon abgesehen, auch wegen Verspätung desselben verwahrte. — Das Gericht erster Instanz hat den Kläger abgewiesen, weil der Richter nicht berufen ist, darüber zu entscheiden, ob der bei einer anderen Behörde angebrachte Recurs verspätet und deshalb, oder, weil gegen gleichlautende Entscheidungen gerichtet, unzulässig sei, und weil A nicht dargethan hat, daß die oben erwähnten Erkenntnisse der Bezirkshauptmannschaft und Statthalterei zur Rechtskraft erwachsen sind. — In Erwägung, daß nach der Verordnung des Ministeriums des Innern vom 27. October 1859, R. G. Bl. Nr. 196, „gegen Entscheidungen der politischen Landesbehörden, wodurch Anordnungen oder Erkenntnisse der Unterbehörden bestätigt worden sind, eine Berufung an das Ministerium des Innern nicht mehr stattfindet, wenn es sich um einzelne localpolizeiliche Anordnungen und Entscheidungen handelt" (Abs. I lit. c) **); daß somit die Rechtskraft der vom Kläger beigebrachten Entscheidungen bei der Unzulässigkeit der Berufung gegen die Statthalterei-Entscheidung, schon aus dem Gesetze sich ergibt und ein weiterer Beweis dafür dem Kläger nicht mehr aufgetragen werden kann, zumal der Widerspruch der Beklagten dagegen so lange ohne Bedeutung bleibt, als sie nicht anführt und beweiset, daß jene Entscheidungen in dritter Instanz beseitigt oder abgeändert worden sind, was von der Beklagten durch die producirte Recursrubrik nicht dargethan wurde, da dieselbe nur den Umstand, daß am 7. November 1870, also sogar lange nach der Klage der Recurs überreicht wurde, und nichts mehr beweiset; daß also der Kläger durch die als rechtskräftig anzusehenden Entscheidungen der politischen Behörden sein Recht, von der beklagten Gemeinde den Schadenersatz zu fordern, nachgewiesen hat und ihm nur mehr der Beweis der Höhe des Ersatzbetrages oblag, welchen er mit seinem Schätzungseide anbot, hat das O. L. G. dem Kläger die begehrten 14 fl. gegen dessen Eid zuerkannt.

---

*) Gemeindeordnung für Böhmen vom 16. April 1864, L. G. Bl. Nr. 7, §. 37: „Wird die Ortspolizei durch die Gemeinde ausgeübt, so ist die Gemeinde in Fällen, wo durch Vernachlässigungen in den ihr desfalls obliegenden Verpflichtungen Jemand zu Schaden kommt, diesem ersatzpflichtig. ... Das Erkenntniß über die Verpflichtung zum Ersatz ist von der politischen Behörde zu fällen. Wird über das Maß der Entschädigung kein Einverständniß erzielt, so ist selbe im Rechtswege geltend zu machen."

**) „In allen diesen Fällen ist die Unzulässigkeit weiterer Berufung in der betreffenden Entscheidung ausdrücklich ersichtlich zu machen."

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz und bemerkte in seinen Motiven: Die Entscheidungen der politischen Behörden können nicht als rechtskräftig angesehen werden und nicht die Grundlage für die Forderung des Klägers bilden, weil die Beklagte dagegen recurrirt hat. Nach dem §. 104 a. G. O. wäre dem Kläger der Ausweis der Rechtskraft, nicht der Beklagten der Beweis des Gegentheils obgelegen. Ueber die Frage: ob gegen die vorliegenden Entscheidungen der Recurs noch zulässig war, hat nicht der Richter, sondern die politische Behörde zu urtheilen und es gehört daher in sein Bereich auch nicht die Entscheidung, ob im gegenwärtigen Falle die citirte Bestimmung der Verordnung des Ministeriums des Innern vom 27. October 1859, Nr. 196, Anwendung finde.

---

## Nr. 4173.

### Mandatsproceß: Zahlungsauftrag wider den Hypothekarschuldner.

**Entsch. v. 17. Mai 1871, Nr. 5655 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Lemberg v. 22. Oct. 1870, Nr. 48561 und des O. L. G. Lemberg v. 19. Jänner 1871, Nr. 833). G. H. 1871, S. 263.**

Auf die mit der notariellen Schuldverschreibung des C belegte Hypothekarklage des A gegen B als Nachfolger in dem Eigenthume der von C dem A für die Forderung verpfändeten Liegenschaft wurde von beiden Untergerichten der von dem Kläger begehrte Zahlungsauftrag an B verweigert, weil — wie die oberlandesgerichtlichen Motive sagen — der Zahlungsauftrag nach §. 1 der kaiserl. Verordnung vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 95, nur in dem Falle persönlicher Verpflichtung des Beklagten zulässig ist, hier aber ein dinglicher Anspruch verfolgt wird.

Der oberste Gerichtshof bewilligte die Zahlungsauflage. Gründe: Da die notarielle Schuldverschreibung, auf Grund welcher die Forderung für A intabulirt wurde, in amtlicher Ausfertigung vorliegt, die rechtskräftige Intabulation durch den Landtafelauszug und durch denselben das Eigenthum des B an der Pfandsache erwiesen ist, erscheint das Begehren des A um Erlassung des Zahlungsauftrages an B nach §. 2 der kaiserl. Verordnung vom 21. Mai 1855, Nr. 95, und §. 1 der Justizministerialverordnung v. 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, in Verbindung mit den Vorschriften des §. 2 der Notariatsordnung vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 94, und der §§. 443 und 466 a. b. G. B. gesetzlich vollkommen gerechtfertigt und steht der Bewilligung des Gesuches der vom O. L. G. angeführte Grund nicht entgegen, welcher auf einer irrigen Auffassung der zwei zuerst citirten Bestimmungen beruht, da der in §. 1 der Verordnung vom 21. Mai

1855, Nr. 95, gebrauchte Ausdruck: „persönliche“ Verbindlichkeit, die daraus abgeleitete Beschränkung Angesichts der Bestimmung des §. 1 der Justizministerialverordnung v. 18. Juli 1859, Nr. 130, nicht zu begründen vermag.

---

## Nr. 4174.

### Erzwungenes Testament: Unzulässigkeit der Herstellung des indirecten Beweises durch vereinzelte Zeugnisse über verschiedene Indicien.

**Entsch. v. 19. Mai 1871, Nr. 3587 (Best. des das Urth. des B. G. Lack v. 7. Dec. 1869, Nr. 4806, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 7. Dec. 1870, Nr. 11772). G. Z. 1877, Nr. 80.**

Die Brüder A bestritten, behufs Eröffnung der gesetzlichen Erbfolge nach M, das Testament desselben, worin dessen zwei Neffen B als Universalerben eingesetzt waren, indem sie das Erkenntniß begehrten, daß das Testament, „als nicht frei von Zwang, ungiltig sei“. — Obgleich, nach den Aussagen der im Processe verhörten Testamentszeugen X, Y und Z, der Erblasser M in ihrer gleichzeitigen Gegenwart seinen letzten Willen frei von jedem Zwang und Einfluß errichtet und die darüber von X gemachte Aufzeichnung als seinem Willen gemäß bestätigt hatte, fand das Gericht erster Instanz durch die Ergebnisse der klägerischen Beweisführungen für die behauptete Unfreiheit des Testators sich bestimmt, nach dem Klagebegehren zu entscheiden, und motivirte sein Urtheil durch folgende Erwägungen: Nach der Aussage der im Processe als Zeuge vernommenen V hat M auf die von ihr eines Tages an ihn gerichteten Worte: „Machet nur das Testament so wie recht ist“, mit Unwillen erwidert, „daß er das Testament machen müsse, wie die Familie des Urban B es haben wolle“. Im Processe ist aber festgestellt, daß Urban B der Vater der beiden beklagten Testamentserben ist und daß sie zu dessen Familie gehören. Nach der Aussage eines zweiten Zeugen, W, welcher den ihm befreundeten Erblasser während seiner Krankheit öfters besuchte, klagte ihm derselbe, „daß er nicht anders testiren dürfe, als wie die Familie des Urban B haben will“. Zwar stehen diese Aussagen vereinzelt da; allein die Aeußerungen, welche hiernach M einmal vor dem einen und das zweite Mal vor dem anderen Zeugen gethan hat, sind im Wesentlichen gleichen Inhalts, weshalb der Richter in Hinblick auf den §. 137 a. G. O. den Beweis dafür, daß M in der That gesagt hat, sein Testament so machen zu müssen, wie die Familie, zu der die Beklagten gehören, es haben will, durch das Zeugniß der V und des W als vollständig hergestellt halten darf. Hiezu tritt die im Processe eingestandene Thatsache, daß die Beklagten zur Zeit, als M testirte, bei ihm erschienen sind

und bei der Erklärung des letzten Willens gegenwärtig waren, als ein in zweifacher Beziehung bedeutsamer Umstand. Denn einmal wird dadurch die Glaubwürdigkeit der Aussagen von V und W bestärkt, weil, wenn zwei Mitglieder der Familie ein solches Interesse an dem Testamente zeigten, daß sie zu dessen Anhörung zum Testator kamen, mit Grund anzunehmen ist, daß sie das gleiche Interesse bereits vor der Errichtung des Testamentes hatten und daß sie vor der Errichtung in der That jenen Druck auf die Freiheit des M ausübten, worüber er sich vor den beiden Zeugen beklagt hat; und andererseits stellt sich im Zusammenhange mit den Aussagen der letzteren das Erscheinen der Beklagten an dem Todtenbette des M als eine Fortsetzung jenes Zwanges dar, den die Familie des Urban B seit längerer Zeit wegen des Testamentes auf den Erblasser ausübte. Weiters liegt vor, daß M bekanntlich schon früher ein Testament errichtet, darin den größten Theil seines Vermögens dem Armenfonde zugewendet und die Familie des Urban B nur wenig bedacht hatte; und durch die Aussagen der Zeugen Y und Z des neuen Testamentes ist gerichtsordnungsmäßig bewiesen, daß M von dem Testamentschreiber X, einem nahen Verwandten (Geschwisterkind) der Beklagten, vor dem Beginne der Willenserklärung mit den Worten angesprochen wurde: „Wenn Du nicht die früheren Testamente insgesammt widerrufst, so schreibe ich Dir keinen Buchstab." Wenn sonach die Klagen des Erblassers gegen zwei Personen zu verschiedenen Zeiten, daß er so testiren müsse, wie die Urban B'sche Familie es haben will, dann das Erscheinen der beiden Söhne dieser Familie und respective Erben am Todtenbette des M in dem Momente der Testamentserklärung, und die vom Testamentsschreiber offenbar im Interesse der ihm verwandten Erben gemachte indirecte Aufforderung an M, die früheren Testamente zu widerrufen, zusammengefaßt werden, so bleibt die Annahme ausgeschlossen, daß M bei Errichtung des zur Frage stehenden Testamentes frei von Zwang gewesen sei, und mußte daher nach §. 565 a. b. G. B. dessen Ungiltigkeit ausgesprochen werden. — Vom O. L. G. wurde das Klagebegehren abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. In den Motiven wird zuvörderst das oben erwähnte, zu Gunsten der vollen Willensfreiheit des Testators ausgestellte Zeugniß der drei Testamentszeugen hervorgehoben und sodann Folgendes bemerkt: Die nach den Aussagen der V, welche wegen naher Verwandtschaft mit den Klägern für sie nach §. 141 a. G. O. eine verwerfliche Zeugin ist, und des W von dem Erblasser gemachten Aeußerungen, woraus die Kläger eine Zwangslage des M bei Errichtung des letzten Willens deduciren wollen, sind nicht erwiesen, weil sie nur von vereinzelten Zeugen bestätigt wurden, und würden, selbst wenn sie erwiesen wären, nicht darthun, daß die später errichtete letztwillige Anordnung von der Familie B erzwungen worden ist. Ebenso belanglos ist die Anwesenheit der Erben zur Zeit der Testamentserrichtung, weil durch kein Gesetz

verboten. Zudem wurde sie im vorliegenden Falle von M selbst gewünscht, und stellt sich aus den Angaben der Testamentszeugen nicht heraus, daß die Beklagten den Erblasser irgendwie bei der Willenserklärung beeinflußt hätten. Die Verwandtschaft des Testamentszeugen X mit den Beklagten, als Geschwisterkind derselben, machte ihn nach §. 594 a. b. G. B. nicht zum unfähigen Zeugen und steht in keinem Zusammenhange mit der Ausübung eines Zwanges, aus welchem Grunde allein die Giltigkeit des Testaments bestritten wird. In den von diesem Zeugen zu M gesprochenen Worten endlich („Wenn Du nicht alle früheren Testamente widerrufest, so schreibe ich keinen Buchstab") kann die Ausübung eines Zwanges zur Abänderung der früheren Testamente nicht erkannt werden, weil M, wie aus seinen Worten beim Erscheinen der von ihm gerufenen Zeugen: „Ich habe es früher nicht recht gemacht, ich muß es anders machen", hervorgeht, schon vor der Aufforderung des X die Absicht hatte, seine früheren Anordnungen abzuändern.

## Nr. 4175.

### Condictio indebiti: Unstatthaftigkeit der Rückforderung einer Zahlung ex causa judicati. — Exceptio rei judicatae.

**Entsch. v. 19. Mai 1871, Nr. 3788 (Best. des das Urth. des K. G. Pisek v. 30. Juli 1870, Nr. 2903, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 28. Nov. 1870, Nr. 41014). G. Z. 1871, Nr. 83.**

Die im Jahre 1869 angestellte condictio indebiti des Gutsverwalters A gegen den Gutsbesitzer B war in folgender Weise begründet: Nachdem A im Jahre 1849 eine Partie Korn vom Gutserträgniß gegen Barzahlung verkauft, das empfangene Kaufgeld per 800 fl. im Casse-Journal in Empfang gestellt und im Rent-Hauptbuche als eingezahlt abgeschrieben hatte, wurde er im Jahre 1851 von B auf Zahlung der 800 fl. belangt, im Jahre 1854 zur Zahlung derselben verurtheilt und wurde darauf dem B die gleiche Summe im Executionswege aus der Caution des A per 2000 fl. eingeantwortet. Aus diesem Sachverhalte ergibt sich nach der Meinung des A, daß er die 800 fl. dem B zweimal, erst durch die Einstellung derselben im Rent-Journal, sodann durch die zwangsweise Einantwortung aus der Caution, mithin einmal indebite gezahlt hat. Dagegen erhob B die Einwendung der bereits im Jahre 1854 auf seine Klage gegen A entschiedenen Sache. Auf seine Behauptung, daß A die Zahlung der 800 fl. durch deren Einstellung in den Empfang der Rechnung vom Jahre 1849 in dem früheren Processe hätte einwenden sollen, mithin entweder darüber schon entschieden oder das Recht zu dieser Einwendung nach §. 42 a. G. O. verwirkt sei, erwiederte A, daß die Einwendung im früheren Processe von ihm als Beklagten wegen Mangels

der nöthigen Behelfe nicht vorgebracht wurde, daher damals über dieselbe gar nicht entschieden werden konnte, noch entschieden wurde, und daß die Vorschrift des §. 42 a. G. O., wornach der Beklagte alle übrigen Einwendungen (außer der exc. fori und litis pendentis §. 40) in seiner Einrede zugleich anbringen, widrigens damit nicht mehr gehört werden soll, nur auf den eben anhängigen Proceß zu beziehen und zu beschränken sei. — In erster Instanz wurde die exc. rei judicatae abgewiesen, in zweiter Instanz derselben stattgegeben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil. In den Motiven wird der Sachverhalt, wie er oben bei der Angabe des Inhaltes der Klage dargestellt ist, wiederholt und darauf gesagt: Aus diesem von A gerichtlich gemachten Geständnisse geht hervor, daß der Gegenstand sowohl des von B gegen A mit der Klage vom Jahre 1851 anhängig gemachten Processes, wie der von A gegen B mit der heutigen Klage eingeleiteten Streitsache die Zahlung des für das Korn empfangenen Kaufschillings ist, welche Zahlung mit dem rechtskräftigen Urtheile vom Jahre 1854 dem A auferlegt wurde. Da nun nach dem Hofdcr. vom 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 621 lit. aa, eine durch Urtheil entschiedene Klage nicht nochmals angebracht und im Falle ihrer Anbringung vom Beklagten zurückgelegt werden kann, ohne daß das citirte Gesetz unterscheidet, ob die zweite Klage vom früheren Kläger oder Beklagten angebracht worden ist, so erscheint das obergerichtliche Urtheil als gerechtfertigt.

---

## Nr. 4176.

### Auslegung eines Vertrages. — Unzulässigkeit willkürlicher Umwandlung eines Zeugen in einen Vertretungsleister. Unzulässigkeit des Zeugenbeweises behufs Feststellung der Echtheit von lediglich zur Handschriftenvergleichung beigebrachten Urkunden.

Entsch. v. 19. Mai 1871, Nr. 3982 (Best. des das Urth. des B. G. Alt- und Neustadt Prag v. 24. März 1870, Nr. 12607, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 20. Sept. 1870, Nr. 28803). G. Z. 1871, Nr. 86.

In dem von A, von der Replik ab mit freiwilliger Vertretungsleistung seiner Ehefrau, gegen die Erben der B peto. Zurückzahlung eines Darlehens von 500 fl. und dreijähriger Zinsen geführten Proceß war der Klageanspruch auf den von der B ausgestellten, mit deren Handzeichen unterfertigten Schuldschein gegründet, worin im ersten Absatze vierteljährige Kündigung stipulirt und in einem späteren Absatze dem Gläubiger das Recht eingeräumt wurde, gegen die Schuldnerin nach

dem Patente vom 18. October 1792, J. G. S. Nr. 62, §. 4 *) vorzugehen. — Die Klage wurde in erster Instanz für dermalen (wegen unterbliebener Kündigung des A), in zweiter Instanz unter der Bedingung, daß die Beklagten die — im Proceß bestrittene — Echtheit der Unterzeichnung der B mit dem irreferiblen Hauptreid ableugnen, für immer abgewiesen.

Auf die beiderseits ergriffene Revisionsbeschwerde bestätigte der oberste Gerichtshof das Urtheil des O. L. G. mit Hinausgabe der nachstehenden Motive. 1. Zur Beschwerde der Beklagten: Nach §. 914 a. b. G. B. soll ein zweifelhafter Vertrag so erklärt werden, daß er keinen Widerspruch enthalte und von Wirkung sei. Durch die im Schuldscheine aufgenommene Bestimmung, daß zur Hereinbringung der Darlehensforderung nach §. 4 des cit. Patentes vorgegangen werden könne, ist ausgesprochen, daß das Capital, wenn (wie hier der Fall) die Zinsen sechs Wochen nach der Verfallszeit nicht gezahlt sind, sogleich, also ohne vorgängige Kündigung, durch gerichtliche Mittel eingetrieben werden kann. Wenn nun im Schuldscheine von der Kündigung des Capitals und von dem durch §. 4 des cit. Patentes dem Gläubiger eingeräumten Rechte die Rede ist, so müssen diese Bestimmungen, um darin keinen Widerspruch zu finden, in dem Sinne ausgelegt werden, daß die vierteljährige Capitalsaufkündigung von beiden Contrahenten zu jeder Zeit und insbesondere auch in dem Falle, wenn die Zinsen gehörig gezahlt wurden, gegeben werden kann, wogegen im Falle, daß die Zinsen sechs Wochen nach ihrer Fälligkeit nicht gezahlt werden, das Capital auch ohne Kündigung zurückgezahlt werden muß. Bei dieser Auslegung bleiben beide Bestimmungen in Wirkung, wogegen bei der Annahme, daß in jedem Falle die vorgängige Kündigung stattzufinden habe, die Berufung auf den §. 4 des Patentes v. 18. Oct. 1792, Nr. 62, ohne jede Wirkung sein würde. 2. Zur Beschwerde des Klägers. Auf den Beweis der Echtheit des Handzeichens der B auf dem Schuldscheine, welchen der Kläger mittelst des Zeugen X angetragen hat, wurde vom O. L. G. mit Recht nicht erkannt, weil der Erfüllungseid der Vertretungsleisterin des Klägers, wodurch dieser Beweis ergänzt werden soll, unzulässig ist. Denn aus den Angaben des Klägers, welcher die Vertretungsleistung seiner Ehegattin nur damit begründete, daß sie in Vertretung und Vollmacht desselben bei dem Abschlusse des Darlehensgeschäftes anwesend war, erhellt nichts, was sie in einer anderen Beziehung zu diesem Geschäfte erscheinen ließe, als in jener eines Zeugen der Unterzeichnung der B. Nach den Vorschriften

---

*) Der §. 4 dieses von der Anlage der Waisengelder u. s. w. handelnden Gesetzes schreibt vor: „Den Schuldverschreibungen ist jederzeit die Bedingung beizusetzen, daß die Inhaber des Schuldbriefes berechtigt sein sollen, das Capital sogleich durch gerichtliche Mittel einzutreiben, wenn die Zinsen sechs Wochen nach ihrer Verfallszeit nicht gezahlt worden wären."

der Gerichtsordnung kann es jedoch nicht vom Belieben des Streittheiles abhängen, sich einer Person, die vermöge ihrer Kenntniß von dem Streitgegenstande als Zeuge gebraucht werden kann, vermöge ihrer Beziehung zum Gegenstande aber auch nur als Zeuge vernommen werden darf, als freiwilligen Vertretungsleisters zur Abschwörung von Parteieneiden zu bedienen und dadurch dem Gegner die demselben etwa gegen den Zeugen zustehenden Einwendungen zu entziehen. Es wurde daher der Beweis durch den einzigen Zeugen X, wodurch im vorliegenden Falle höchstens die halbe Probe hergestellt würde, sowie der Erfüllungseid der Ehefrau des Klägers, den sie, sobald sie von der Vertretungsleistung ausgeschlossen wird, nicht ablegen kann, mit Recht beseitigt. Die obergerichtliche Nichtzulassung des mittelst Vergleichung der Handschriften angetragenen Beweises der Unterfertigung der B ist dadurch begründet, daß zur Aufnahme desselben eine unbestrittene Urkunde nicht vorliegt, mit der nach Vorschrift des Hofdcr. v. 2. Dec. 1825, J. G. S. Nr. 2150, die streitige Urkunde verglichen werden soll, und daß anderntheils es nicht angeht, erst über die Echtheit der zur Vergleichung mit dem Schuldschein producirten Urkunden, deren Inhalt für den heutigen Proceß unentscheidend ist, den (vom Kläger mittelst Zeugen angebotenen) Beweis herzustellen.

## Nr. 4177.

### Verbot: Beweis der Gefahr, speciell behufs Ausdehnung des Verbotes auf neue Objecte.

**Entsch. v. 23. Mai 1871, Nr. 6366 (Best. des das Decr. des B. G. Voitsberg v. 19. Dec. 1870, Nr. 8178, abänd. Decr. des O. L. G. Graz v. 9. Februar 1871, Nr. 1574). G. Z. 1871, Nr. 78.**

Der A wurde mit gerichtlichem Bescheide vom 11. December 1869 zur Sicherstellung einer Forderung von 1235 fl. gegen B das Verbot auf eine Kaufschillingsforderung des Letzteren im Betrage von 500 fl. und auf den allfälligen Rest des Meistgebotes für die im Executionswege versteigerten Liegenschaften des B bewilligt. Nachdem sodann ihr durch Urtheil von der Forderung per 1235 fl. nur der Theilbetrag von 864 fl., und zwar gegen ihren Schätzungseid, zuerkannt worden war, hat sie mit Bescheid vom 12. April 1870 während der anhängigen Appellation beider Theile gegen das Urtheil zur Sicherstellung der 864 fl. und einer anderen Forderung gegen B von 315 fl. auch das Verbot auf den bei einer Gemeindevorstehung deponirten Erlös der executiven Versteigerung von Mobilien des B erwirkt. Nun begehrte sie, unter Anbietung einer Caution, für die ihr bedingt zugesprochene Forderung von 864 fl. die Ausdehnung des Verbotes auf eine andere Kaufschillingsforderung des B im Betrage von 2900 fl. circa, weil —

wie sie angab — auf die vorher mit Verbot belegten Forderungen desselben von mehreren Seiten Execution geführt wird, wodurch diese Sicherstellungsmittel erschöpft werden und zur vollen Deckung ihres Guthabens nicht mehr ausreichen dürften. — In erster Instanz wurde ihr mit Hinweisung auf den Bescheid vom 11. December 1869 das neue Verbot ohne Caution bewilligt. — In Erwägung, daß nach §. 283 a. G. O. und Hofdcr. vom 15. Jänner 1789, J. G. S. Nr. 954, der Verbotswerber zu zeigen hat, daß er bei dem Schuldner wegen Abganges anderer hinlänglicher Zahlungsmittel in Gefahr steht, daß aber die A nur angebracht und durch nichts dargethan hat, daß auf die wegen der nämlichen Forderung gegen B bereits mit ihrem Verbot belegten Forderungen desselben von mehreren Seiten Execution geführt werde; daß hier, wo es sich um die Ausdehnung eines Verbotes handelt, die Darthuung der Gefahr von Seite der Verbotswerberin A um so mehr erforderlich erscheint; daß endlich B in seinem Appellationsrecurse gegen die neue Verbotsbewilligung die angeblichen Executionsführungen auf die bereits mit dem Verbote behafteten Forderungen in Abrede gestellt hat — wurde vom O. L. G. das Gesuch der A abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz mit Bezugnahme auf deren Begründung.

---

## Nr. 4178.

### Mündliche Verabredungen neben einem schriftlichen Vertrage.

Entsch. v. 24. Mai 1871, Nr. 4280 (Best. des Urth. des B. G. Aussig vom 23. Dec. 1870, Nr. 11847, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag v. 13. Februar 1871, Nr. 3921). G. Z. 1871, Nr. 81.

Der Kläger A ist der grundbücherliche Eigenthümer der ihm von C verkauften Wirthschaft Nr. 7 in Salesel, wovon die Hutweideparcelle Nr. 432 per 90 Quadratklafter einen Bestandtheil ausmacht, und belangte den B, welcher diese Parcelle besitzt, mit der rei vindicatio auf Herausgabe derselben. Der Beklagte vertheidigte sich mit dem Pachtrechte an der Parcelle, die ihm von C, vor dem Verkaufe der Wirthschaft an den Kläger bis Septemter 1873 verpachtet worden sei. Dagegen berief sich A auf das den Pachtvertrag enthaltende, bei dem Gemeindeamte aufgenommene Protokoll, worin als Pachtobject die zur Wirthschaft Nr. 7 gehörige Parcelle Nr. 433 per 640 Quadratklafter, nicht aber auch die Parcelle Nr. 432 aufgeführt ist. Der Beklagte hinwieder bewies durch vier unbedenkliche Zeugen, daß damals C ihm mündlich die Erklärung abgegeben habe, daß dem Pächter von Nr. 433 die Parcelle Nr. 432 mit gehöre und pachtweise mit überlassen werde; und einer von diesen Zeugen sagte bestimmt aus,

daß diese mündliche Verabredung erst nach dem Abschlusse des schriftlichen Pachtvertrages stattgefunden hat. Ohne die Frage zu behandeln, ob der Beklagte überhaupt dem Anspruche des Klägers sein (wie es scheint) im Grundbuche nicht intabulirtes Bestandvertragsverhältniß zum Auctor des letzteren entgegensetzen könne, stritten sich die Parteien nur um die von A behauptete, von B angefochtene Anwendbarkeit des §. 887 a. b. G. B. — Auch die Gerichte befaßten sich nur mit dieser letzteren Frage. — Das O. L. G. entschied dieselbe zu Gunsten des Beklagten verneinend, weil die mündliche Verabredung des B mit C wegen Mitverpachtung der Parcelle Nr. 432 mit dem Pachtvertragsprotokolle, das alle dem C gehörigen Grundstücke enthalte und von der Parcelle Nr. 432 nur wegen ihrer Unbedeutendheit, da sie nur ein „Rand" bildet, keine Erwähnung mache, nicht im Widerspruche stehe und auch keinen neuen Zusatz in sich fasse und offenbar erst nach abgeschlossenem Vertrage, wie dies von einem der Zeugen des B ausdrücklich bestätigt worden, stattgefunden habe.

Der oberste Gerichtshof entschied in Uebereinstimmung mit der ersten Instanz zu Gunsten des Klägers auf Zulassung seines Begehrens, in Erwägung, daß, wenngleich die Zeugen des Beklagten bestätigen, daß der Auctor des Klägers bei der Verpachtung von einigen zur Wirthschaft Nr. 7 gehörigen Grundstücken erklärt habe, daß die Hutweide, resp. Rand Nr. 432 auch in die Pacht einbegriffen wurde, auf diese Erklärung bei dem Widerspruche des Klägers und dem vorgelegten Vertragsprotokolle gegenüber nach dem klaren Wortlaute des §. 887 a. b. G. B. keine Rücksicht genommen werden kann.

---

## Nr. 4179.

### Anspruch der in gemeinschaftlichem Haushalte mit ihrem Vater lebenden und in dessen Gewerbe als Arbeiter beschäftigten Kinder auf Lohn?

**Entsch. v. 24. Mai 1871, Nr. 5533 (Best. des das Urth. des K. G. Reichenberg v. 8. Nov. 1870, Nr. 6890, abänd. Urth. des O. L. G. Prag vom 14. Februar 1871, Nr. 3041). G. Z. 1871, Nr. 82.**

Die Kinder des in Concurs gerathenen Tuchfabrikanten B begehrten mittelst Klage das Erkenntniß, daß ihre für das letzte Jahr vor der Concurseröffnung rückständige Forderung aus dem Lohnverhältnisse, in welchem sie zu ihrem Vater als dessen in gemeinsamem Haushalte lebende Arbeiter standen, im Betrage von 445 fl. 20 kr. richtig und in die erste Classe der Concursgläubiger zu setzen sei. Nach der Anführung der Kläger hätten sie während der erwähnten Zeit im Geschäfte des Cridars als seine mit ihm in gemeinschaftlichem Haushalte lebende Arbeiter 53½ Ketten mit 2066 Pfund Schuß

Wollstoffe gewebt, dafür den Lohn von 1198 fl. 50 kr. verdient, dagegen von dem Vater in Kost, Kleidern, Wohnung und Taschengeld den Gesammtbetrag von 753 fl. 30 kr. erhalten, nach dessen Abzug von der Lohnsumme der eingeklagte Betrag von 445 fl. 20 kr. übrig bleibe. Der Vertreter der Concursmasse leugnete das Bestehen eines Lohnverhältnisses so wie die Arbeitsleistungen der Kläger, und bestritt ihre Schätzung der genossenen Verpflegung als zu niedrig, ohne für den höheren Geldwerth derselben einen Beweis zu liefern. In Folge dieser Einwendungen trugen die Kläger dem Cridar den rückschiebbaren Hauptеid darüber auf, daß sie ein volles Jahr unmittelbar vor „der Concurseröffnung im Geschäfte desselben als seine, mit ihm in gemeinsamem Haushalte wohnenden Arbeiter 30½ Ketten Peruvienne, 8 Ketten Wintertricot u. s. w. gegen Lohn gearbeitet haben". — Auf diesen Eid erkannte das Gericht erster Instanz, indem es bei erbrachtem Beweise dem Klagebegehren stattgab; wogegen das O. L. G. die Kläger unbedingt abwies.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: So häufig wie der Fall, daß Kinder im Gewerbe des Vaters gleich fremden Hilfsarbeitern um den gewöhnlichen Arbeitslohn arbeiten, ist der andere Fall, wo sie blos für Kost, Unterstand, Kleidung und Bestreitung ihrer sonstigen Bedürfnisse ohne eigentlichen Lohn im Gewerbe oder in der Wirthschaft des Vaters arbeiten. Der Unterschied zwischen gewöhnlichen Arbeitern und Kindern in dem letzteren Verhältnisse ist auch kein so wesentlicher; denn während jene alle ihre Bedürfnisse — etwa mit der manchmal eintretenden Ausnahme des Unterstandes oder auch der Kost — und ihre Unterhaltung mit dem Lohne bestreiten müssen und keine oder nur sehr geringe Ersparnisse zurücklegen, sind die Kinder in den bezeichneten Verhältnissen für ihre Bedürfnisse gedeckt und ebenso in der Lage, von ihrem Taschengelde kleine Beträge zu ersparen. Aus dem Umstande allein, daß Kinder im Gewerbe ihres Vaters als Hilfsarbeiter beschäftigt sind, läßt sich daher für die Frage, ob ihnen auch ein barer Arbeitslohn gebühre, nichts folgern. Die Forderung eines solchen müßte auf ausdrückliches oder stillschweigendes Uebereinkommen gegründet sein, in welchem ein bestimmter Lohn versprochen und für die Bestreitung der Lebensbedürfnisse ein gewisser Betrag festgesetzt worden ist. Das Bestehen eines ausdrücklichen Uebereinkommens dieser Art wird nicht behauptet. Die im Beweis- und Eidesthema enthaltene Anführung, daß die Kläger im Geschäfte des Vaters als seine mit ihm in gemeinschaftlichem Haushalte wohnenden Arbeiter die verzeichneten Quantitäten gewebt haben, ist zu vieldeutig und zu allgemein, als daß darunter ein ausdrückliches Uebereinkommen verstanden werden könnte. Die stillschweigende Uebereinkunft auf einen bestimmten Lohn hingegen würde Thatsachen voraussetzen, wie sie im §. 863 a. b. G. B. bezeichnet sind, allein hier nicht vorliegen. Das Arbeiten im Gewerbe genügt für sich allein nach

dem früher Gesagten eben nicht. Der Fall des §. 1152 a. b. G. B. tritt nicht ein. Klägerischerseits ward nicht behauptet, daß ein solcher Lohn in früheren Jahren bezogen wurde; es ist daher auch nicht einzusehen, warum gerade im letzten Jahre vor Ausbruch des Concurses das Verhältniß ein anderes geworden sein soll. Es liegt nicht einmal vor, ob die Vorschriften der Gewerbeordnung für Gewerbsgehilfen irgend wie beobachtet wurden und ob die Kläger nach dem §. 43 Nr. 2 der G. O. „als in das Gewerbe dauernd aufgenommene Personen" betrachtet werden können.

---

## Nr. 4180.

### Unzulässigkeit der Cumulirung von Ansprüchen auf Advocatengebühren für verschiedene Processe.

**Entsch. v. 24. Mai 1871, Nr. 6279 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Krakau v. 17. Mai 1870, Nr. 9270 und des O. L. G. Krakau vom 31. Jänner 1871, Nr. 13292). G. Z. 1873, Nr. 71. G. H. 1871, S. 210.**

Von dem obersten Gerichtshofe wurde auf den außerordentlichen Revisionsrecurs des Beklagten B und Consorten die von beiden Untergerichten aufrecht verbeschiedene Klage des Advocaten A gegen die Recurrenten pcto. Zahlung von 10.823 fl. 29 kr. und 1090 fl. 97 kr. zur Separirung der cumulirten Klagsobjecte und zur Instruirung nach Vorschrift des Hofdcr. vom 4. October 1833, J. G. S. Nr. 2633, in der Erwägung zurückgewiesen, daß in der vorliegenden Klage größtentheils Advocatengebühren, welche aus der Vertretung der Belangten in verschiedenen Rechtsstreiten und vor verschiedenen Gerichten erwachsen sind, und deren Bestimmung, beziehungsweise Adjustirung den betreffenden Erkenntnißrichtern zusteht, angesprochen werden; daß bis zu dem Erscheinen des im §. 17 der Advoc.-O. vom 6. Juli 1868, R. G. Bl. Nr. 96, in Aussicht gestellten Tarifs die Wirksamkeit des Hofdcr. vom 4. October 1833, J. G. S. Nr. 2633, nicht behoben erscheint, demnach die vorliegende Klage offenbar eine nach §. 4 westg. G. O. unzulässige, weil aus verschiedenen Facten entsprungene Cumulirung der Klagegegenstände enthält.

---

## Nr. 4181.

### Sequestration der Erbschaft auf Verlangen eines Erbprätendenten vor Anstellung der Erbrechtsklage.

**Entsch. v. 24. Mai 1871, Nr. 6368 (Best. des Decr. des B. G. Marburg v. 25. Jänner 1871, Nr. 1307, Abänd. des Decr. des O. L. G. Graz vom 15. März 1871, Nr. 3187). G. H. 1871, S. 246.**

Nachdem in der Abhandlung der Verlassenschaft des M in Folge der Collision der Erbserklärung der Intestaterben mit jener der Te-

stamentserben nach §. 125 des Gesetzes vom 9. August 1854, Nr. 208, die Tagfahrt zur Verhandlung der Frage, wer als Erbrechtskläger aufzutreten habe, anberaumt worden war, begehrten die Intestaterben die Sequestration des Nachlasses, welche in erster Instanz bewilligt, von dem O. L. G. jedoch verweigert wurde, weil sowohl nach dem ersten Alinea des §. 127 des citirten Gesetzes, wie nach dem zweiten in Verbindung mit den §§. 292 u. 293 a. G. O., die bereits angestellte Erbrechtsklage die Voraussetzung der Zulässigkeit der Sequestration des Nachlasses sei.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung mit folgender Bemerkung in den Motiven: Der Nachsatz in dem ersten Alinea des §. 127 kann nicht in dem Sinne ausgelegt werden, daß die jedem Theile eingeräumte Befugniß zur Sequestration die vorgängige Anstellung der Erbrechtsklage voraussetze; der Paragraph ist im Zusammenhang mit den vorangehenden Paragraphen so zu verstehen, daß die schon aus dem Conflict der Erbserklärungen sich ergebende Nothwendigkeit des Erbrechtsstreites das Sequestrationsbegehren um so mehr rechtfertige, als bei nicht nachgesuchter Sequestration das Abhandlungsgericht von amtswegen für die Verwaltung der streitigen Verlassenschaft Sorge zu tragen hätte.

---

## Nr. 4182.

### Miethvertrag: Sonn- und Feiertage als Verfallstag für Zinszahlung und Kündigung.

**Entsch. v. 25. Mai 1871, Nr. 3172 (Best. des Urth. des B. G. Brünn vom 21. Oct. 1870, Nr. 24695, Abänd. des Urth. des O. L. G. Brünn vom 20. Dec. 1870, Nr. 15996). G. H. 1871, S. 258.**

Die Klage des Vermiethers A gegen den Miether B auf Zahlung einer Vierteljahrsrate — pro April bis Juni 1870 — des Miethzinses war auf die Bestimmung des Miethvertrages, daß am 1. Jänner, 1. April, 1. Juli und 1. October jedes Jahres die Zahlung des Miethzinses geleistet und, bei sonstiger stillschweigender Verlängerung der Miethe auf weitere drei Monate, die vierteljährige Kündigung erklärt werden müsse, und auf die Anführung des Klägers gegründet, daß der Beklagte erst am 3. Jänner 1870 den Zins pro Jänner bis März 1870 gezahlt und gekündigt habe, mithin die stillschweigende Verlängerung des Vertrages auf ein weiteres Vierteljahr eingetreten sei, für welches der Miether den eingeklagten Zins zu zahlen habe. Der Beklagte leugnete die von dem Kläger angeführte Vertragsbestimmung und wendete außerdem ein, daß, nachdem der 1. Jänner 1870 ein Feiertag gewesen und der 2. Jänner auf einen Sonntag gefallen ist, seine erst am 3. Jänner erklärte Kündigung nicht verspätet war. — Das Gericht

erster Instanz erkannte nach dem Klagebegehren unter der Bedingung, daß A mit dem Erfüllungseide seine thatsächlichen Anführungen beschwöre. — Von dem O. L. G. wurde die Klage aus folgenden Gründen unbedingt abgewiesen. Bei dem Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung in dem a. b. G. B. darüber: ob eine Geldzahlung, deren vertragsmäßiger Verfallstag ein Sonn- oder Feiertag ist, an diesem Tage geleistet werden müsse, — muß zur Entscheidung dieser Frage nach §. 7 a. b. G. B. die Analogie zu Hilfe genommen werden. Verwandte Gesetze sind nun in den §§. 378, 380 und 382 a. G. O. enthalten, die offenbar die Heilighaltung der Sonn- und Feiertage bezwecken. Zumal der §. 382 a. G. O. bestimmt, daß die Zahlung einer durch Urtheil zugesprochenen Geldsumme an solchen Tagen durch Pfändung nicht exequirt, daher auch nicht gefordert werden kann, und eine deutliche Bestimmung hierüber enthält auch der Art. 92 der Wechselordnung. Aus der Analogie dieser gesetzlichen Anordnungen ergibt sich für den vorliegenden Fall, daß die Zahlung des Miethzinses pro Jänner bis März 1870 erst am ersten Werktage dieses Jahres, d. i. am 3. Jänner gefordert werden konnte und daß die Kündigung an diesem Tage noch rechtzeitig war.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz mit Bezugnahme auf die Gründe derselben.

---

## Nr. 4183.

### Wiederaufhebung der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft: Wirkung auf die Forderung Dritter.

**Entsch. v. 31. Mai 1871, Nr. 5746 (Best. des das Urth. des B. G. Korneuburg v. 25. Oct. 1870, Nr. 6495, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 22. Februar 1871, Nr. 1722). G. Z. 1871, Nr. 78.**

Der wegen Zahlung eines Holzkaufschillingsrestes von 2061 fl. gegen die B angestellten Klage der A wurde in erster Instanz aus folgenden Gründen stattgegeben: Nach dem Tode des Zimmermeisters M im Jedlersdorf (Ehemann der B), welcher der A für auf Credit verkauftes Bauholz 2061 fl. schuldig geblieben war, fordert nun die A auf Grund der in den Ehepacten, Beilage a, von M und B errichteten allgemeinen Gütergemeinschaft von der Letzteren, als dermaligen Alleineigenthümerin des Hauses Nr. 89 zu Jedlersdorf, die Zahlung der erwähnten, von M zum Geschäftsbetriebe und somit für den gemeinsamen Haushalt contrahirten Schuld, wogegen die Beklagte B einwendet: 1. daß M ihr noch inter vivos die sein ganzes Vermögen bildende Hälfte des Hauses Nr. 89 mit Vertrag (Beilage d) verkauft hat, wodurch die allgemeine Gütergemeinschaft einverständlich wieder aufgehoben worden sei; und 2. daß — hievon auch abgesehen —

Forderungsrechte aus einem Vertrage (den Ehepacten) nur von dem Compaciscenten, nicht von einem Dritten geltend gemacht werden können. Die ad 1 vorgebrachte Einwendung ist aber nicht gegründet. Denn nach §. 1234 a. b. G. B. wird die Gütergemeinschaft der Ehegatten in der Regel nur auf den Todesfall verstanden und die Ehepacten, Beilage a, enthalten die ausdrückliche Festsetzung, daß Alles, was die Brautleute künftig erwerben oder auf was immer für eine rechtliche Art an sich bringen, ein gemeinschaftliches Gut sein soll. Der Kaufvertrag, Beilage d, hatte daher zwar die Folge, daß die Beklagte damit das ausschließliche Verfügungsrecht über das Haus Nr. 89 überkam; da jedoch das Haus beim Tode des M noch als Eigenthum der B vorhanden war, so bildet es unstreitig ein Object der in den Ehepacten errichteten allgemeinen Gütergemeinschaft. Da überdies das Vermögen der Eheleute M und B wesentlich nur in diesem Hause bestand und die Schuld des M an die Klägerin, weil zum Geschäftsbetriebe, also für den gemeinsamen Haushalt contrahirt, offenbar eine gemeinschaftliche Schuld ist, wie dies auch schon aus der in den Ehepacten stipulirten allgemeinen Gütergemeinschaft folgt, so hat die Beklagte nach §. 1235 a. b. G. B. dafür zu haften. Dazu kommt noch, daß laut des Protokolls, Beilage c, der Abhandlung der Verlassenschaft des M der ganze Nachlaß, welcher als aus Fahrniß per 82 fl. und dem bei der B vor dem Verkaufe der Haushälfte Nr. 89 ausständigen Kaufschillingsrest per 218 fl. bestehend angegeben worden ist, von der Beklagten gegen Sicherstellung der Erbtheile der Kinder des M übernommen, also eigentlich nach §. 1053 a. b. G. B. gekauft wurde, so daß sie nach §. 1278 a. b. G. B. auch die darauf lastenden Verbindlichkeiten zu übernehmen hat. Die B ist demnach jedenfalls, nicht nur in Folge der Gütergemeinschaft, sondern auch als Uebernehmerin des M'schen Nachlasses, zur Zahlung der eingeklagten Forderung verpflichtet. Die ad 2 von ihr entgegengesetzte Einwendung ist eben so wenig stichhältig, weil die Klägerin ja nicht ein Vertragsrecht aus den Ehepacten geltend macht, sondern sich auf dieselben nur zum Nachweis stützt, daß sie berechtigt sei, die Zahlung ihrer Forderung, die zweifelsohne gemäß §. 1235 a. b. G. B. eine gemeinschaftliche Schuld der Eheleute war, von der überlebenden Witwe zu verlangen. — Das O. L. G. erkannte auf Abweisung der Klage. Gründe: Da nach §. 1234 a. b. G. B. die Gütergemeinschaft nur dem einen Ehegatten das Recht auf die Hälfte dessen gibt, was nach dem Tode des anderen Gatten von den der Gemeinschaft wechselseitig unterzogenen Gütern noch vorhanden sein mag, so können die Gläubiger des Verstorbenen ihre Befriedigung nur in seinem Nachlasse suchen, nicht aber den überlebenden Ehetheil, gegen den ihnen kein Forderungsrecht zusteht, in Anspruch nehmen. Demnach muß die A sich an die Verlassenschaft des M wenden, und wenn sie meint, daß dieselbe nicht vollständig inventarisirt wurde und daß insbesondere das

Haus Nr. 89 zu Jedlersdorf einzubeziehen sei, dafür den Beweis beibringen, auf daß der Abzug der Schulden nach §. 1235 a. b. G. B. stattfinden kann. Da ferner die Beklagte laut Abhandlungsprotokoll, Beilage c, die inventarisirte Fahrniß nur behufs Zahlung, respective Sicherstellung der Erbtheile der Kinder des Erblassers übernommen hat, so kann die A auch nicht aus dieser Uebernahme den Anspruch ableiten, daß die B ihr die Schuld des Ehemannes zahle.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz aus wesentlich anderen Gründen, die hier folgen. Die Eheleute M und B waren privatrechtlich befugt, die von ihnen laut Beilage a errichtete allgemeine Gütergemeinschaft zum Theile oder ganz wieder aufzuheben und auch sonst beliebig mit ihrem Vermögen zu verfügen, ohne daß der Klägerin, mit welcher der Gütergemeinschaftsvertrag nicht geschlossen wurde, dagegen ein Einspruch zustand. Nun behauptet aber die Beklagte, daß die Gütergemeinschaft wieder aufgehoben worden ist und beim Tode des M nicht mehr bestanden hat, und beruft sich zum Beweise dafür auf den von der Klägerin selbst producirten, im Grundbuche intabulirten Vertrag, Beilage d, womit M seine Hälfte des Hauses Nr. 89 der B um 400 fl., die sie zum Theil durch Uebernahme von Schulden berichtigte, zum Theil schuldig blieb, verkauft hat, und auf das ebenfalls von der Klägerin vorgelegte Verlaßabhandlungsprotokoll, Beilage c, nach welchem die Verlassenschaft des M ohne Berücksichtigung einer noch bestehenden Gütergemeinschaft abgehandelt wurde und die Beklagte von dem Vormunde ihrer minderjährigen Kinder und Erben des M die einzelnen Nachlaßsachen käuflich übernahm. Hiermit entfällt die Berufung der Klägerin auf den §. 1235 a. b. G. B. (Bei allgemeiner Gütergemeinschaft: vorgängige Abziehung aller Schulden ohne Ausnahme, mögen sie von dem einen oder dem anderen Ehetheil oder von Beiden gemeinschaftlich gemacht worden sein) und jeder Forderungstitel derselben, und sie kann sich nur mehr an die Verlassenschaft, resp. an die Erben des M halten, zumal sie auch unterlassen hat, für ihre Forderung eine Sicherstellung auf der Haushälfte des M zur Zeit zu suchen, als dieselbe noch in dessen grundbücherlichem Eigenthum war. Demnach mußte das klageabweisende Urtheil des O. L. G. bestätigt werden, ohne daß es nöthig gewesen wäre, die Rechtswirkungen einer noch bestehenden Gütergemeinschaft näher zu erörtern.

---

## Nr. 4184.

### Exceptio rei judicatae: Aenderung des Klagegrundes in der Replik; Fundirung des Urtheiles auf den ursprünglichen Klagegrund; neue Klage aus dem in der Replik vorgebrachten Grunde.

**Entsch. v. 31. Mai 1871, Nr. 6477 (Best. des das Decr. des B. G. Brixen v. 6. Februar 1871, Nr. 5546, abänd. Decr. des O. L. G. Innsbruck vom 11. April 1871, Nr. 1244). G. Z. 1871, Nr. 82.**

Im Jahre 1865 hatte A von seinem Vater B mittelst Klage die Zahlung des Restbetrages per 787 fl. von 1700 fl. aus dem Grunde gefordert, weil B ihm die 1700 fl. als Entgelt dafür versprochen habe, daß A für B „alle Haftung" übernahm, die den Letzteren in dessen Proceß mit C wegen Verkauf des Gutes X und Schadenersatzes treffen konnte. In der Replik wurde jedoch von A als Klagegrund die Thatsache angeführt, daß ihm B die 1700 fl. deshalb versprochen habe, damit er das ihm von B im Jahre 1857 verkaufte Gut X um die gleiche Kaufsumme und Bedingungen den Eheleuten D überlasse und daß diese Ueberlassung seinerseits auch wirklich erfolgt sei. In dem Proceß wurden erst die Zeugen verhört, die A für das replicando angebrachte Factum benannt hatte; sie vermochten den bezüglichen Weisartikel nicht zu bestätigen und nun erfloß das Endurtheil, welches — laut seinen Motiven — auf den Klagegrund ohne Berücksichtigung der Aenderung in der Replik zurückgehend, den dem B aufgetragenen Haupteid zuließ, daß er dem A für eine von demselben wegen Verkauf des Gutes X übernommene Haftung die Zahlung von 1700 fl. nicht versprochen habe. B leistete den Eid und der sonach sachfällig gewordene A belangte ihn im Jahre 1869 mit einer neuen Klage um Zahlung der nämlichen Restsumme und späterer Zinsen, zusammen 809 fl., aus dem in der Replik des ersten Processes angeführten Rechtsgrunde. — Dieser Klage setzte B die exceptio rei judicatae entgegen, welcher das Gericht erster Instanz stattgab, weil die Causa, worauf die zweite Klage sich gründet, von A bereits im ersten Proceß geltend gemacht, dieser Proceß aber rechtskräftig entschieden worden ist. — In Erwägung, daß, nachdem A im ersten Rechtsstreite wegen irriger Angabe des Titels sachfällig geworden ist, ihm gestattet sein muß, den wenn auch gleichen Gegenstand aus einem anderen Titel zu fordern; daß, obgleich er in Folge der noch im früheren Proceß gewonnenen besseren Einsicht diesen anderen Klagegrund auch schon damals angebracht und dafür den Zeugenbeweis angetragen hat, in dem Endurtheile darauf keine Rücksicht mehr genommen wurde und nach §. 8 westg. G. O. auch nicht genommen werden konnte, sondern der sententionirte Haupteid nur auf den Rechtstitel der Haftung, nicht auch auf jenen der Gutsüberlassung sich bezog;

daß mithin der mit der neuen Klage anhängig gemachte Proceß als durch das Urtheil im ersten Proceß entschieden nicht betrachtet werden kann — wurde vom O. L. G. die exceptio rei judicatae abgewiesen und dem Gerichte erster Instanz die Fortsetzung des Processes aufgetragen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz aus deren Gründen.



## Nr. 4185.

### Rechtliche Natur eines Vertrages über Gestattung der Weide von Thieren gegen (unbestimmtes) Entgeld.

Entsch. v. 31. Mai 1871, Nr. 6576 (Best. des das Urth. des B. G. Brünn v. 12. Februar 1871, Nr. 1157, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn vom 13. April 1871, Nr. 3811). G. Z. 1871, S. 79.

In der gegen B pcto. Zahlung von 110 fl. im Jahre 1870 angestellten Klage hat A angeführt: Im Jahre 1861 habe B ihn ersucht, die Weide seiner Schafe auf der vom Kläger gepachteten Hutweide zu gestatten, und erklärt, er werde dafür zahlen, was der Kläger verlange. Er habe zugesagt und im erwähnten Jahre 100 Schafe des B auf der Hutweide durch seinen, des Klägers, Burschen, der von ihm, Kläger, verköstigt wurde, jeden Tag die Schafe von dem Hause des Beklagten holte, auftrieb, beaufsichtigte und wieder eintrieb, durch $5^1/_2$ Monate weiden lassen. Für diese Weide, den täglichen Auf- und Eintrieb und die Bewachung der Thiere forderte der Kläger 20 fl. monatlich, d. i. die Gesammtsumme von 110 fl. — Das Gericht erster Instanz erkannte auf Abweisung der Klage aus folgenden Gründen: Nach der Anführung des Klägers ist bezüglich der Schafweide ein entgeltlicher Vertrag ohne bestimmte Festsetzung der Gegenleistung des Beklagten zu Stande gekommen, welcher Vertrag, wegen der Unbestimmtheit des Preises und der Dauer der Weide, weder als ein Kauf, noch als Pachtung der Weide, noch als Lohnvertrag (wogegen der Kläger ausdrücklich sich verwahrt hat) betrachtet werden kann, um aus einem dieser Titel die Berechtigung des Klageanspruches abzuleiten. Derselbe muß daher abgewiesen werden. Nach den Ausführungen des Klägers erscheint sein Begehren als ein Ersatzanspruch für die Ueberlassung der Weide an die Schafe des Beklagten, welcher nach Analogie der Schlußbestimmung des §. 1447 a. b. G. B. verpflichtet wäre, das ihm Geleistete so zu vergüten, daß er aus dem Schaden des anderen Contrahenten keinen Gewinn zieht; dieser Anspruch ist aber in Folge der (vom Beklagten eingewendeten) Verjährung nach §. 1489 a. b. G. B. bereits erloschen. — In Erwägung, daß nach den Anführungen des A das zur Frage stehende Geschäft als ein entgeltlicher Vertrag über Dienstleistungen aufzufassen ist, für welche der

weder durch die Verabredung noch durch ein Gesetz festgesetzte Lohn im Sinne des §. 1152 a. b. G. B. vom Richter bestimmt werden soll; daß A zum Beweise seiner Anführungen, von denen nur die angebliche Zusage des B, für die Weide zahlen zu wollen, was A verlange, im Hinblicke auf den citirten §. 1152 unerheblich ist, dem B den Haupteid zugeschoben und für den angesprochenen Lohn den Schätzungseid angeboten hat; daß aber der Betrag von 20 fl. per Monat nach richterlichem Ermessen (§. 1152) überspannt und einer Mäßigung zu unterziehen ist; daß endlich die angestellte Klage nicht eine Schadenersatzklage ist und daher der im §. 1489 normirten Verjährung nicht unterliegt, hat das O. L. G. dem A 82 fl. 50 kr. (15 fl. per Monat), statt der geforderten 110 fl., gegen Leistung des ihm von B im Processe zurückgeschobenen Haupteides über die oben erwähnten Klageanführungen, und gegen Leistung des Schätzungseides auf 82 fl. 50 kr. zuerkannt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil des O. L. G. mit Genehmigung der von demselben hinausgegebenen Gründe.

---

## Nr. 4186.

### Collision von Erbserklärungen auf Grund des Gesetzes und eines Codicills: rechtliche Natur des dem überlebenden Ehegatten auf den Fruchtgenuß ex lege zustehenden Erbanspruchs.

Entsch. v. 31. Mai 1871, Nr. 6625 (Best. des Decr. des B. G. Brzosko v. 20. August 1870, Nr. 3393, Abänd. des Decr. des O. L. G. Krakau v. 16. Februar 1871, Nr. 17716). Zeitschr. f. d. Notariat 1872, Nr. 48.

Zur Verlassenschaft der mit Hinterlassung eines Codicills verstorbenen M haben sich ihr Gatte A ex lege (§. 757 a. b. G. B.: Fruchtgenuß von einem Viertel) mit Ausschluß der letzten Willenserklärung, und ihr einziges Kind, die Tochter B ebenfalls ex lege (§. 732 a. b. G. B.) mit Aufrechthaltung der letztwilligen Verfügung bedingt erbserklärt. In dem Codicille waren alle Grundstücke und Gebäude der B, der lebenslängliche Fruchtgenuß von der Hälfte der Grundstücke und die Wohnung dem A zugedacht, welcher aber diese Verfügungen nicht anerkennen wollte, weil ihm die ganze Grundwirthschaft der M schon in den Ehepacten verschrieben worden war, wowegen die B wieder diese Bestimmung der Ehepacten für unwirksam erklärte, nachdem ihr A im Einklange mit dem Codicill durch Urkunde (nach dem Tode der M) die ganze Grundwirthschaft verschrieben habe. Zur Zeit der Todfallsaufnahme waren A und B, je zur Hälfte, in dem Besitze der Grundstücke, A in dem Alleinbesitz der Gebäude. — Von dem Verlassenschaftsgerichte wurde 1. unter aufrechter Verbescheidung beider Erbserklärungen die Verlassenschaftsabhandlung nach der

Intestaterbfolge mit Aufrechthaltung des Codicills eingeleitet, 2. dem A die Verwaltung der Gebäude und einer Hälfte der Grundstücke, der B die Verwaltung der anderen Hälfte übergeben, und 3. A zur Anfechtung des Codicills und der Ansprüche der B auf die Grundwirthschaft auf den Rechtsweg verwiesen und demselben zur Anstellung der Klage die Frist von sechzig Tagen mit dem Beisatze bestimmt, daß sonst die Einantwortung des Nachlasses mit Berücksichtigung des Codicills stattfinden werde. — Auf den Recurs des A hat das O. L. G. ad 1 verordnet, daß die Verlassenschaftsabhandlung unbedingt nach der Intestaterbfolge zu pflegen sei, und die erstgerichtlichen Verfügungen 2 und 3 aufgehoben — aus folgenden Gründen: Ad 1. Die letztwillige Erklärung der M ist nur ein Codicill, weil darin nicht über das ganze Vermögen, sondern blos über die unbeweglichen Bestandtheile desselben verfügt wurde; es alterirt daher nicht den aus dem Gesetze hergeleiteten Erbrechtstitel und ist die Abhandlung nur auf Grund der Intestaterbfolge einzuleiten; ad 2. es sind die Rechte der Verlassenschaft selbst an den im Inventar aufgenommenen Realitäten bestritten; über diese streitigen Rechte kann aber im Wege des Abhandlungsverfahrens nicht entschieden, daher auch nicht durch Einführung einer Administration der Immobilien in die factischen Besitzverhältnisse eingegriffen werden; ad 3. die B erscheint als die einzige Erbin aus dem Gesetze; A, dem der Fruchtgenuß aus dem vierten Theile des Nachlasses auch ohne Erbserklärung ex lege zusteht, ist kein Erbe, seine Erbserklärung ist überflüssig und kann daher von einer Collision der Erbserklärungen keine Rede sein. Da ferner die Abhandlung überhaupt nach der Intestaterbfolge durchzuführen ist, kann auch die Einantwortung von der Frage: ob das Codicill giltig sei, nicht abhängig gemacht werden, weil der Zweck der Verlassenschaftsabhandlung nur dahin geht, zu bestimmen, wem Erbrechte zustehen und die streitigen Fragen wegen Realisirung der Legate von der Partei, der an der Realisirung gelegen ist, auf dem Proceßwege ausgetragen werden müssen.

Auf den Recurs der B bestätigte der oberste Gerichtshof die erstgerichtliche Verordnung in allen Theilen. Gründe: Ad 1. Die Einleitung der Verlassenschaftsabhandlung nach der gesetzlichen Erbfolge ohne jede Erwähnung der Bedachtnahme auf die letztwillige Verfügung der M würde einer ohne vorgängiges civilrechtliches Erkenntniß unzulässigen Nichtigerklärung des ordnungsmäßig kundgemachten, nach Form und Echtheit nicht angefochtenen und die Verfügung beinahe über den ganzen Nachlaß enthaltenden letzten Willens gleichkommen: das Gericht erster Instanz hat daher mit vollem Rechte die Abhandlung nach der Intestatsuccession mit Berücksichtigung des letzten Willens eingeleitet. Ad 2. Durch die vom ersten Richter eingeführte Administration der Verlassenschaft, welche der im Acte der Todfallsaufnahme ersichtlichen Anmerkung über den vorgefundenen Besitzstand und der urkundlichen Erklärung des A (womit er die ganze Grundwirthschaft der B

verschrieb) ganz conform ist, wurde an dem gegenwärtigen Besitzstande aber gar nichts geändert und sind daher die vom O. L. G. dagegen erhobenen Bedenken ungegründet. Ad 3. muß hervorgehoben werden, daß der auch nur aus dem Gesetze erhobene Anspruch des überlebenden Ehegatten auf den Nachlaß des verstorbenen Ehetheiles nach dem Zusammenhange der §§. 757—759 und §. 1258 a. b. G. B., selbst wenn er nur auf den Fruchtgenuß von einem Theile der Verlassenschaft geht, als Anspruch eines aliquoten Theiles derselben, mithin als ein wahrer Erbtheilsanspruch zu betrachten ist, folglich auch von A die Erbserklärung anzubringen war; daß aber die von ihm ex lege mit Ausschluß der letztwilligen Verfügung der M abgegebene Erbserklärung mit jener der B, die sich zwar auch ex lege, allein mit Aufrechthaltung des letzten Willens erbserklärt hat, in offenbarem Widerspruche steht, daher A, der die Ungiltigerklärung des in Form und Echtheit unangefochtenen letzten Willens anstrebt, mit vollem Rechte zur Betretung des Proceßweges gegen die B angewiesen worden ist, weil in dem §. 126 des Patentes v. 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, zwischen der Bestreitung eines Testamentes und jener eines Codicills kein Unterschied gemacht wird und das stärkere Recht der B schon aus dem schriftlichen Anerkenntnisse des A (Verschreibung der Grundwirthschaft seinerseits zu Gunsten der B) hergeleitet werden muß.

---

## Nr. 4187.

### Meistgebotsvertheilung: Rangordnung rückständiger Beiträge für die Salzburger wechselseitige Brandversicherungsanstalt.

**Entsch. v. 31. Mai 1871, Nr. 6769 (Best. des Decr. des B. G. Hallein v. 4. März 1871, Nr. 687, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 20. April 1871, Nr. 7453). G. Z. 1871, Nr. 62.**

Das Gericht erster Instanz behandelte bei der Vertheilung des Meistgebotes für die im Executionswege versteigerte Liegenschaft des B die vom Steueramte angemeldete Umlage der Salzburger wechselseitigen Brandversicherungsanstalt für das Jahr 1869 als Vorzugspost. — Von dem O. L. G. hingegen wurde der erwähnte Umlagebetrag aus den zur Befriedigung kommenden Vorzugsposten ausgeschieden mit Berufung auf das Hofdcr. v. 16. Sept. 1825, J. G. S. Nr. 2132, nach welchem nur dreijährige Rückstände an landesfürstlichen Steuern und gutsherrlichen Abgaben auch außer dem Falle eines Concurses durch ein gesetzliches Pfandrecht auf das Gut versichert seien, dagegen auf andere im Falle einer allgemeinen Concursverhandlung privilegirte, aber mit keinem gesetzlichen Pfandrechte auf ein einzelnes Gut versehene Forderungen bei Vertheilung des Kaufschillings für ein außer dem Concurse versteigertes Gut keine Rücksicht genommen werden könne.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung in Erwägung, daß die von den Feuerassecuranzanstalten zu leistenden Brandschadenvergütungen die versicherten Gebäude betreffen, und Assecuranzbeiträge, welche mit den Steuern eingehoben werden, den Concurrenzen gleich zu behandeln sind; daß Concurrenzbeiträge nach dem Hofdcr. vom 4. Jänner 1836, J. G. S. Nr. 113, gemäß den für die directen Steuern bestehenden Vorschriften einzubringen sind und bei der gerichtlichen Eintreibung gleiche Vorrechte mit den landesfürstlichen Steuern zu genießen haben; daß dies insbesondere auch bezüglich der Beiträge der Mitglieder der wechselseitigen Brandversicherungsanstalt für das Herzogthum Salzburg zu gelten hat, indem nach §. 18 des Statutes derselben (Verordn. vom 12. April 1864, L. G. Bl. für Salzburg, Jahrg. 1864, Nr. 5), diese Beiträge wie die Landesumlage, d. i. ohne richterliches Erkenntniß durch die executiven Schritte der betreffenden politischen Behörde eingetrieben werden.

---

## Nr. 4188.

### Executivproceß: urkundlicher Nachweis der Fälligkeit der Forderung.

**Entsch. v. 6. Juni 1871, Nr. 6766 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 21. Februar 1871, Nr. 22191, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 5. April 1871, Nr. 6583). G. Z. 1871, Nr. 94.**

Auf Grund der nachstehenden Urkunde: „New-York am 14. Jänner 1868. Laut der heute gepflogenen Abrechnung schulde ich Ihnen 1124 Dollars, die ich hiemit anerkenne und mich verbinde, Ihnen diesen Betrag successive abzuzahlen. B", belangt A den B auf die Zahlung mit der Bitte um Einleitung des Executivprocesses nach §. 298 a. G. O. und Hofdcr. vom 7. Mai 1839, J. G. S. Nr. 358. — Das Gericht erster Instanz gab dieser Bitte statt. — Das O. L. G. hingegen verordnete die Einleitung des gewöhnlichen Verfahrens in der Erwägung, daß der Beklagte in der bezogenen Urkunde zwar die Richtigkeit der klägerischen Forderung anerkennt, jedoch sich nur verbindet, dem Kläger den anerkannten Betrag successive abzuzahlen; daß hienach die Zeit und Art der diesfalls vom Geklagten zu leistenden Zahlung in obiger Urkunde nicht ausgedrückt ist, vielmehr auch nach dem (eventuellen) Klagebegehren durch richterlichen Ausspruch festgestellt werden soll, mithin die Klage zur Einleitung des Executivverfahrens nicht als geeignet erscheint.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung mit Verweisung auf die Begründung derselben, weil bei dem Umstande, daß aus der beigebrachten Urkunde die Fälligkeit der eingeklagten Forderung nicht zu entnehmen ist und erst nachzuweisen und zu entscheiden

sein wird, ob die Bedingungen der Fälligkeit überhaupt schon eingetreten und ob insbesondere die Zahlung in den vom Kläger angesprochenen Raten zu leisten sei, die Einleitung des Executivverfahrens nicht als zulässig erkannt werden kann.

---

## Nr. 4189.

### Abgrenzung der Competenz der Gerichte und der Verwaltungsbehörden: Störung im Besitze eines vor der politischen Behörde anerkannten Jagdrechtes.

**Entsch. v. 6. Juni 1871, Nr. 7111. G. Z. 1871, Nr. 69.**

Zu dem Gute X des A gehören einige Parcellen, welche mit dem übrigen Gutscomplexe zwar zusammenhängen, jedoch als langgestreckte Streifen in ein Gebiet einspringen, auf welchem der Gemeinde C die Jagd zusteht. Diese Gemeinde machte dem A, welcher auf den übrigen Gutstheilen die Jagd unbestritten ausübte, rücksichtlich der erwähnten Parcellen das Jagdrecht streitig, indem sie behauptete, die Parcellen seien, als innerhalb der Gemeindemarkung gelegen, zu ihrem Jagdgebiete gehörig, und es sei daher der Pächter der Gemeindejagd, B, ausschließlich befugt, darauf zu jagen. A beschwerte sich dagegen bei der Bezirkshauptmannschaft und in der vor derselben stattgefundenen Verhandlung wurde von der Gemeinde C anerkannt, daß dem A auch an jenen Parcellen das Jagdrecht zustehe, und die Zusicherung gegeben, daß von ihr ohne Verzug dem Jagdpächter B die entsprechende Weisung werde ertheilt werden. Demungeachtet hielt B auf den besagten Parcellen eine Jagd ab, worauf A gegen ihn die Besitzstörungsklage anstellte, welche von dem Gerichte erster Instanz a limine abgewiesen wurde, weil es sich in dem vorliegenden Falle um die Störung eines Jagdrechtes handle, die nach den bestehenden Vorschriften und insbesondere nach §. 21 der Ministerialverordn. v. 15. Dec. 1852, Nr. 5681, L. G. Bl. für Niederösterreich Nr. 473, vor das Forum der politischen Behörde gehöre. Darauf wendete sich A an die Bezirkshauptmannschaft, die sich ebenfalls mit dem Bemerken für incompetent erklärte, daß sie mit der Schlichtung des Streites zwischen A und der Gemeinde C ihre Aufgabe als beendet betrachte und daß über den neuerlichen Beschwerdepunkt lediglich das Gericht zu entscheiden habe. — Nun recurrirte A gegen die gerichtliche Entscheidung an das O. L. G. und gegen den Erlaß der Bezirkshauptmannschaft an die politische Oberbehörde. — Von dem O. L. G. wurde der Recurs wegen der Competenzfrage dem obersten Gerichtshofe vorgelegt, welcher nach Einholung der Meinung der Ministerien des Ackerbaues und des Innern, die sich gegen die Competenz der Verwaltungsbehörde aussprachen, den Recurs dem O. L. G. zur Erledigung in seinem Wirkungskreise zurückstellte.

---

## Nr. 4190.

### Miteigenthum: Umfang der Rechte des Eigenthümers des größeren Antheils.

Entsch. v. 7. Juni 1871, Nr. 4777 (Best. der gleichförmigen Urth. des K. G. Stanislau v. 14. Mai 1870, Nr. 2971 und des O. L. G. v. 11. Oct. 1870, Nr. 28623). Zeitschr. f. d. Notariat 1872, Nr. 31.

Die A, Eigenthümerin von $^{11}/_{18}$ eines Hauses, belangte den B, Eigenthümer der übrigen $^{7}/_{18}$, auf Räumung der von ihm darin besessenen Wohnung und auf Zahlung eines Jahreszinses von 70 fl. vom Tage der Klage bis zum Tage der Räumung, indem sie ihr Klagerecht auf das ihr als Eigenthümerin des weit größeren Antheiles zustehende Dispositions- und Verwaltungsrecht bezüglich des ganzen Hauses gründete. — Beide Untergerichte haben die Klägerin abgewiesen, weil der Beklagte als ausgewiesener redlicher Besitzer seines Hausantheiles nach den §§. 329 und 330 a. b. G. B. mit der Sache und mit deren Nutzungen nach Belieben verfügen könne und weil in dem §. 833 ibid. dem Eigenthümer des größeren Theiles einer gemeinsamen Sache kein solches Vorrecht eingeräumt werde, daß er befugt wäre, den Eigenthümer des kleineren Antheiles aus dem Besitze abzuschaffen, dessen Antheil selbst zu benutzen oder für seine Benutzung von ihm sich einen Zins zahlen zu lassen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die untergerichtlichen Entscheidungen, allein aus folgenden Gründen: Der Klageanspruch wird daraus abgeleitet, daß die Klägerin, als Miteigenthümerin in dem obigen Theilungsverhältnisse, bei der Entscheidung von Fragen, welche die ordentliche Verwaltung und Benutzung des Hauses betreffen, nach §. 833 a. b. G. B. die Stimmenmehrheit für sich habe und dadurch, daß der Beklagte einige Hausräume ausschließlich benutzt, in ihrem Verwaltungsrechte beeinträchtigt werde. Allein aus dem der Klägerin günstigen Theilungsverhältnisse folgt keineswegs, daß sie als Verwalterin der ganzen Realität anzusehen sei und Rechte geltend machen dürfe, die gesetzlich nur dem Verwalter einer gemeinsamen Sache zustehen; sie hatte zu beweisen, daß sie auf eine der im §. 836 ibid. bezeichneten Arten als Verwalterin des Hauses bestellt oder als solche im Sinne des §. 837 stillschweigend anerkannt wurde. Ohne diesen von ihr nicht erbrachten Beweis war das Klagebegehren verfehlt und ging jedenfalls zu weit.

## Nr. 4191.

### Geldschulden: Einfluß des Zwangscurses.

**Entsch. v. 7. Juni 1871, Nr. 5849 (Best. der gleichförmigen Urth. des K. G. Teschen v. 27. Dec. 1870, Nr. 7008 und des O. L. G. Brünn vom 7. März 1871, Nr. 3086). G. H. 1871, S. 369.**

Bei dem 1856 geschlossenen Kaufe einer Liegenschaft wurde mit Rücksichtnahme auf das Disagio der österreichischen Banknoten gegen preußisches Hartgeld die Vereinbarung getroffen, daß der Kaufschillingsrest per 59.850 fl. in Banknoten zum Course von 96 zu zahlen und anzunehmen sei. Am 1. Juli war diese Rate fällig, allein der Notencours auf 80 gesunken, weshalb der Verkäufer A die von dem Käufer in Noten nach dem Course von 96 angebotene Zahlung ablehnte und mittelst Klage das Erkenntniß forderte, daß B ihm die Coursdifferenz zwischen 96 und 80 zu zahlen habe. — Von beiden Untergerichten wurde sein Begehren abgewiesen, mit Berufung auf das den Zwangscours anordnende Patent vom 2. Juni 1848, J. G. S. Nr. 1157, und auf die kaiserliche Verordnung vom 7. Februar 1856, R. G. Bl. Nr. 21, welche zwar für Darlehen eine den Gläubiger begünstigende Ausnahme statuire, allein ausdrücklich beifüge, daß es für Zahlungen jeder anderen Art bei der Vorschrift des Patentes v. 2. Juni 1848, Nr. 1157, zu verbleiben habe. In den Motiven wird insbesondere die Ausführung des Klägers, daß der Kaufschillingsrest, dessen Zahlung dem Käufer in Raten gestattet wurde, deshalb in ein Darlehen übergegangen sei, als ungegründet erklärt, weil dieser Forderung ein Kauf und nicht ein Darlehensvertrag zum Grunde liege, der Kauf in Ansehung des nicht sofort gezahlten Theiles des Kaufpreises als ein auf Borg geschlossener Kauf erscheine (§. 1063 a. b. G. B.) und im Processe nicht behauptet wurde, daß bezüglich dieses Kaufschillingsrestes ein Neuerungsvertrag geschlossen worden sei.

Der oberste Gerichtshof verwarf die a. o. Revisionsbeschwerde mit Bezugnahme auf die vorstehende Begründung der Untergerichte.

---

## Nr. 4192.

### Besitzstörung?

**Entsch. v. 7. Juni 1871, Nr. 6760 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Dornbirn v. 2. April 1871, Nr. 2650 und des O. L. G. Innsbruck v. 25. April 1871, Nr. 1709). G. H. 1871, S. 335.**

Die Besitzstörungsklage des A gegen die Eisenbahnbau-Unternehmung B wurde dadurch veranlaßt, daß die letztere auf einem nicht dem A gehörenden Grunde Dammbauten errichten ließ, welche die Zufahrt des A zu seinem Anwesen erschwerten und ihn nöthigten,

zum Theil einen anderen Weg zu nehmen. — Beide Untergerichte erkannten auf Abweisung der Klage aus folgenden Gründen: Es kann sich im vorliegenden Falle gar nicht um eine Besitzstörung handeln, da zugestandenermaßen ein Eingriff in den Grundbesitz des A gar nicht stattfand und seine Beschwerde nur dagegen gerichtet ist, daß er ein öffentliches Gut, nämlich einen Gemeindeweg, einen Bach und einen Vicinalweg (für die Zufahrt zu seinem Hause) nicht mehr so bequem wie früher benützen könne, in der Benützung eines öffentlichen Gutes aber ein Besitz nicht erkannt werden kann, weil ein solcher der Gemeinde, nicht den einzelnen Gemeindegliedern und die Ersitzung einer Servitut durch solche Benützung auch nicht möglich ist. So wenig A in possessorio summariissimo die Gemeinde hätte belangen können, wenn sie durch eine Erhöhung der Straße, Rampenanlage u. s. w. die angebliche Beeinträchtigung seines Wirthschaftsbetriebes herbeigeführt hätte, ebensowenig ist er berechtigt, gegen die Bahnbauunternehmung aufzutreten, die im Namen und Auftrag des Straßeneigenthümers handelte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die untergerichtlichen Entscheidungen mit Bezugnahme auf die vorstehende Begründung und bemerkte weiters, daß die Beeinträchtigung des Benützungsrechtes des A an einem öffentlichen Wege nicht als eine Besitzstörung im Sinne der §§. 309, 312 u. 339 a. b. G. B. angesehen werden könne und daß in den untergerichtlichen Erkenntnissen eine, nach Hofdcr. vom 15. Februar 1833, J. G. S. Nr. 2593, zu beseitigende, offenbare Ungerechtigkeit um so weniger liege, als dadurch der Entscheidung über den Bestand und Umfang eines Schadenersatzanspruches des Klägers gegen die Beklagte auf Grund des §. 10 lit. b, c und d der Ministerial-Verordn. vom 14. September 1854, R. G. Bl. Nr. 238, keineswegs vorgegriffen wird.

---

## Nr. 4193.

### Actorische Caution: Ersatz derselben durch einen anderweitigen Erlag: Unanwendbarkeit der Vorschrift des §. 1373 a. b. G. B.

**Entsch. v. 7. Juni 1871, Nr. 6843 (Best. des Decr. des B. G. Marburg vom 19. Jänner 1871, Nr. 496, Abänd. des Decr. des O. L. G. Graz vom 15. März 1871, Nr. 3119). G. Z. 1871, Nr. 267.**

Das Begehren des von A auf den Rückverkauf einer Liegenschaft belangten B um die Auflage der actorischen Caution wurde in erster Instanz abgewiesen, weil A, welcher die von ihm als Wiederkäufer angebotene Einlösungssumme von 159 fl. bereits bei Gericht deponirt hatte, zur Bestellung einer größeren Sicherheit für die Proceß-

kosten nicht verpflichtet sei. — Das O. L. G. trug ihm die Leistung der actorischen Caution auf mit der Motivirung, daß mit dem Depositum des Grundeinlösungsbetrages keine Sicherheit für die Proceßkosten geleistet sei und, davon abgesehen, dasselbe für eine actorische Caution ungeeignet wäre, welche, nach §. 1373 a. b. G. B., durch ein Handpfand, Hypothek oder taugliche Bürgen bestellt werden müßte.

In Erwägung, daß der Kläger mit dem Erlage der 159 fl. jedenfalls bekundet hat, zur Zahlung der Proceßkosten im Falle seines Unterliegens sattsam bemittelt zu sein und daß eine förmliche Sicherstellung nach Vorschrift des §. 1373 a. b. G. B., als actorische Caution bei dem Vorhandensein hinreichender Mittel auf Seite des Klägers nicht gefordert werden darf, wenn nicht dem §. 406 a. G. O. eine die Erlangung der Rechtshilfe zu sehr erschwerende Auslegung gegeben werden soll, — hat der oberste Gerichtshof den Bescheid der ersten Instanz bestätigt.

---

## Nr. 4194.

### Gerichtsstand des Vertrages: Unzulässigkeit eines der Hauptsache präjudicirenden Beweises desselben.

**Entsch. v. 9. Juni 1871, Nr. 744 (Best. der gleichförmigen Erkenntnisse des L. G. Brünn v. 26. April 1870, Nr. 5885 und des O. L. G. Brünn vom 16. Nov. 1870, Nr. 9074). G. H. 1871, S. 319.**

A belangte den B wegen Zahlung des Preises verkaufter Waaren bei dem Landesgerichte Brünn als forum contractus, indem er anführte und durch den Haupteid zu beweisen sich erbot, daß er die im Buchauszug a bezeichneten Waaren dem B zu den dort angeführten Preisen verkauft und B sich verpflichtet habe, den Kaufpreis loco Brünn zu zahlen. B leugnete den Waarenkauf überhaupt, speciell die eingegangene Verpflichtung zur Zahlung in Brünn und erhob daraufhin in erster Linie die Einwendung der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes, welcher in allen drei Instanzen stattgegeben wurde, — von dem obersten Gerichtshofe mit der Begründung, daß dem Haupteid, wodurch der Kläger seine für die Competenzfrage allerdings entscheidende Anführung beweisen will, das wesentliche Bedenken entgegensteht, daß, nachdem der Beklagte den Waarenkauf überhaupt geleugnet hat, durch den Eid nicht allein die Frage der Gerichtszuständigkeit entschieden, sondern auch in die Entscheidung des Rechtsstreites selbst eingegriffen würde, was offenbar gesetzwidrig wäre, da nach dem Hofdcr. vom 11. September 1794, J. G. S. Nr. 193, die Competenz des angerufenen Gerichtes schon außer Zweifel gestellt sein soll, bevor in der Sache selbst ein Ausspruch erfolgen kann, daher in dem Zwischenstreite über den Gerichtsstand der Beweis — durch Eid oder Zeugen —, daß

die Erfüllung des Vertrages an einem bestimmten Orte bedungen worden sei, nur dann zulässig ist, wenn derselbe, ohne der Entscheidung der Hauptsache zu präjudiciren, hergestellt werden kann.

---

## Nr. 4195.

### Lottospiel: unrichtige Eintragung der angesagten Nummern in die Originalliste. — Einfluß eines beiderseitigen Verschuldens auf den Umfang des Schadenersatzes.

**Entsch. v. 9. Juni 1871, Nr. 1230 (Abänd. der Urth. des B. G. Wels vom 17. August 1870, Nr. 3847 und des O. L. G. Wien v. 24. Nov. 1870, Nr. 21089). G. H. 1871, S. 311.**

Der Kläger A behauptete, in der Lottocollectur des B auf die Zahlen 2, 25 und 26 gesetzt zu haben, und belangte den B, nachdem diese Zahlen gezogen wurden, ihm aber der Gewinn von 245 fl. vorenthalten blieb, weil in der Originalliste die Zahl 5 statt 2 eingetragen worden war, auf den Ersatz der 245 fl. — Nach abgeführtem Processe, in welchem der Beklagte unter Anderem geleugnet hatte, daß der Kläger ihm außer den Zahlen 25 und 26 auch die Zahl 2 angesagt habe, erkannte das Gericht erster Instanz auf den Zeugenbeweis des Beklagten, daß er vor dem Kläger und anderen Lottospielern erklärt habe, daß nicht die Zahlen des Risconto, sondern jene der Originalliste entscheidend seien, und daß der Kläger dem Spieltische so nahe gestanden sei, um sehen zu können, welche Zahlen der Beklagte in der Originalliste eintrug. — Von dem O. L. G. hingegen wurde der Beklagte zur Zahlung der vollen Klagesumme für den Fall verurtheilt, als der Kläger durch den dem Gegner aufgetragenen Haupteid den Beweis erbrächte, daß er demselben außer 25 und 26 auch die Nummer 2 angesagt habe.

Der oberste Gerichtshof erkannte, daß bei Herstellung des in zweiter Instanz zugelassenen Eidbeweises der Beklagte schuldig sei, dem A die Hälfte der Klagesumme zu zahlen. Gründe: Wenn A dem B in der That die Zahlen 2, 25 und 26 angesagt hat, so fällt dem Letzteren wegen des unrichtigen Eintragens derselben in die Originallisten ein Verschulden zur Last, welches ihn nach §§. 1294, 1295, 1323 u. 1324 a. b. G. B. zur Entschädigung verpflichtet. Von dieser Verbindlichkeit kann ihn weder der stärkere Andrang von Spielern an jenem Tage, noch seine angebliche Erklärung, daß er für nichts stehe, noch der von ihm angeführte Umstand befreien, daß A in der Lage war, zu sehen, was in der Originalliste eingeschrieben wurde, und ist daher der von ihm dafür angebotene Zeugenbeweis ganz unerheblich. Bei Bestimmung der Größe des Ersatzbetrages, den B beim Gelingen des Eidbeweises des A demselben zu zahlen hätte, muß auf

die Vorschrift des §. 1304 a. b. G. B. Rücksicht genommen werden, nach welchem in dem Falle beiderseitigen Verschuldens der Urheber des Schadens denselben mit dem Beschädigten verhältnißmäßig und wo das Verhältniß sich nicht bestimmen läßt, Beide den Schaden zu gleichen Theilen zu tragen haben, weil A die im §. 4 des Lottopatentes vom 13. März 1813 gebotene Vorsicht, nicht nur dem Lottocollectanten die gewählten Zahlen, die Spielart und den Einsatz klar und deutlich vorzusagen, sondern auch auf die richtige Eintragung in der Originalliste Bedacht zu nehmen und darum das ganze Spiel nach der Registrirung sich zurücksagen zu lassen, nicht gebraucht und dadurch die angeblich irrige Eintragung, die sonst nicht möglich gewesen wäre, mitverschuldet hat.

---

## Nr. 4196.

### Bestellung einer Hypothek an einer zu einer ruhenden Erbschaft gehörigen Sache unter Abhängigmachung ihrer Wirksamkeit von der Verbücherung des Einantwortungsdecretes: Datum und Umfang der Hypothek.

**Entsch. v. 13. Juni 1871, Nr. 13842 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Bezzano v. 12. Nov. 1869, Nr. 5236 und des O. L. G. Innsbruck v. 11. August 1870, Nr. 2914). G. Z. 1871, Nr. 85.**

In Folge der executiven Versteigerung von Liegenschaften des B hatte der Pfandgläubiger A seine Forderung angemeldet, deren Pfandrecht aber von den anderen Hypothekargläubigern bestritten wurde, weshalb er gegen sie mit der Klage auf Anerkennung des mit Urkunde vom 14. August 1863 bestellten und am 20. August 1863, als dem Tag der Verfachung (Eintragung in das für Tirol bestehende öffentliche Buch) derselben, erworbenen Pfandrechtes an den in Execution gezogenen, in dem Instrumente vom 14. August 1863 mit Nr. 3 und 6 bezeichneten Grundstücken auftreten mußte. — Das Gericht erster Instanz hat aus den nachstehenden, den Sachverhalt ergebenden Gründen dem A das angesprochene Pfandrecht an einem Drittel der besagten Grundstücke vom 25. März 1864 an zuerkannt. Mit der Urkunde vom 14. August 1863 verpfändete B dem A die ihm gebührende Portion von der Erbschaft seines Vaters M, welch' letztere laut Anführung in der Urkunde in den dort beschriebenen mit Nr. 1 bis 7 bezeichneten Liegenschaften bestand, und ermächtigte den A zur Verfachung der Pfandbestellung mit dem Beisatze, daß die bestellte Hypothek wirksam sein werde, sobald die Urkunde der Einantwortung der väterlichen Erbschaft verfacht werden wird (che la costituita ipoteca sarà efficace tostoche verrà inscritto il decreto d'aggiudicazione della eredità predetta). Nun ist zwar die Pfandbestellungsurkunde —

am 20. August 1863 — allein nicht auch das am 2. November 1864 erlassene Erbseinantwortungsdecret verfacht worden und aus diesem Grunde allein bestreiten die Beklagten die nach ihrem Dafürhalten durch die Verfachung des Einantwortungsdecretes suspensiv bedingte Existenz des Pfandrechtes. Die Pfandbestellung erfolgte zur Zeit, als die dem B und seinen zwei Geschwistern ex lege angefallene Erbschaft des M noch nicht angetreten war; nachher verzichteten die Geschwister des B zu seinen Gunsten auf ihr Erbrecht und wurde die Erbschaft am 25. März 1864 von ihm als Alleinerbe angetreten und an dem oben bezeichneten Tage ihm eingeantwortet. Zur Zeit der Pfandbestellung hatte also B nur zu $1/3$ ein Recht an der väterlichen Erbschaft, welche noch ruhend war; er konnte somit damals mit den Erbschaftssachen nicht als Eigenthümer verfügen und darin liegt das Motiv der von ihm der Pfandbestellung beigesetzten, den Eintritt der Wirksamkeit des Pfandrechtes hinausschiebenden Clausel. Bei der Hinzufügung dieser Clausel waren die Parteien eben nur von der Erwägung geleitet, daß die Wirksamkeit der Hypothek mit der — noch nicht eingetretenen rechtlichen Herrschaft des B über die Pfandsachen und seinem daraus hervorgehenden Rechte der freien Verfügung über dieselben zusammenhängt, die nach ihrer Meinung durch die Einantwortung der Erbschaft und durch die Verfachung des Einantwortungsdecretes nothwendig bedingt waren, und es lag keineswegs in ihrer Absicht, diese (nach ihrer Ansicht gesetzliche) Bedingung zu einer Vertragsbedingung zu machen. Da nun aber nach den Bestimmungen des a. b. G. B. schon der Erbschaftsantritt allein dem B das Naturaleigenthum der Erbschaftssachen verliehen und genügt hat, damit er über dieselben frei verfügen und sie auch giltig verpfänden konnte, so ist mit vollem Grunde anzunehmen, daß nach dem Willen der Parteien die bestellte Hypothek schon mit dem Erbschaftsantritt wirksam sein sollte. Demnach wurde das Pfandrecht dem A seit diesem Zeitpunkte mit Beschränkung auf $1/3$ der Realitäten zuerkannt, welche Beschränkung dadurch gerechtfertigt ist, daß zur Zeit der Pfandbestellung B nur für $1/3$ erbsberechtigt war, mithin der Wille der Contrahenten auch nur auf Pfandbestellung an dieser Portion gehen konnte. — Das O. L. G. entschied in gleicher Weise mit einfacher Bezugnahme auf die erstgerichtliche Begründung.

Der oberste Gerichtshof verwarf die a. o. Revisionsbeschwerde der Beklagten, weil mit Beziehung auf die untergerichtlichen Entscheidungsgründe in der Auffassung, welche die Untergerichte der Pfandbestellungsurkunde vom 14. August 1863 und der darin enthaltenen Bedingung der Wirksamkeit der von B bestellten Hypothek gegeben haben, mit Rücksicht darauf, daß das Erbrecht bis auf den Formalact der Verfachung des Einantwortungsdecretes vollständig zur Geltung gekommen ist, eine zur Abänderung gleichförmiger Urtheile berechtigende Gesetzwidrigkeit oder Ungerechtigkeit im Sinne des Hofdcr. vom

15. Februar 1833, J. G. S. Nr. 2593, um so minder erkannt werden kann, als die Revisionswerber auch nicht nachgewiesen haben, daß sie in Betreff des von ihnen geltend gemachten Pfandrechtes in anderer und rechtswirksamerer Lage, als die Gegner mit dem ihnen früher eingeräumten Hypothekarrechte, und daher zur Bestreitung der letzteren berechtigt seien.

---

## Nr. 4197.

### Form der Austragung von Vorrechtsstreiten bei der Mobilienexecution.

Entsch. v. 13. Juni 1871, Nr. 6759 (Aufheb. des das Decr. des B. G. Innsbruck v. 30. März 1871, Nr. 3123, aufheb. Decr. des O. L. G. Innsbruck v. 18. April 1871, Nr. 1648). G. Z. 1871, Nr. 84.

Zur Vertheilung des Erlöses aus der auf executives Einschreiten des A gegen seinen Schuldner C vollzogenen Mobilienversteigerung hatte sich mit schriftlicher Eingabe auch B als Pfandgläubiger gemeldet und in der hierüber stattgefundenen Verhandlung gegen A den — von Letzterem bestrittenen — Altersvorzug seines angeblichen Pfandrechtes geltend gemacht, worauf das Gericht erster Instanz die Entscheidung fällte, daß dem B das angesprochene Pfandrecht nicht zustehe und daß der Feilbietungserlös dem A auszufolgen sei. — Auf den Recurs des B hat das O. L. G. in Erwägung, daß es sich hier um die Geltendmachung eines bestrittenen Rechtes handelt, worüber der Richter nach §. 1 westg. G. O. nur auf eine vorläufige Klage zu verfahren und sodann durch Urtheil zu entscheiden hat, und im Hinblick auf die analoge Bestimmung im §. 7 des Hofdcr. vom 19. November 1839, J. G. S. Nr. 388 (Vertheilung des Erlöses aus der executiven Immobilienversteigerung), die erstgerichtliche Verordnung nebst der voraufgegangenen Verhandlung vernichtigt und die Parteien auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen. — Dagegen ergriffen A und B gemeinschaftlich den Revisionsrecurs mit der Bitte um meritorische Entscheidung, da die Pfandrechtsanmeldung des B nach §. 7 des cit. Gesetzes die — von dem O. L. G. vermißte — Klage um so mehr vertrete, als darüber beiderseits verhandelt worden ist und die Durchführung der neuen Verhandlung nur eine überflüssige Wiederholung und Aufwendung unnöthiger Kosten sein würde.

Diesen Erwägungen beitretend, hat der oberste Gerichtshof das Decret des O. L. G. aufgehoben und demselben die meritorische Entscheidung des Appellationsrecurses aufgetragen.

---

## Nr. 4198.

### Passive Streitgenossenschaft: Erstattung abgesonderter Einreden ohne Bestellung eines gemeinsamen Vertreters.

**Entsch. v. 13. Juni 1871, Nr. 7217 (Best. des die Decr. des L. G. Salzburg v. 22. Februar und 1. April 1871, Nr. 785 und 1376, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 20. April 1871, Nr. 7740). G. Z. 1872, Nr. 42.**

In der Rechtssache des A und Genossen gegen B, C und D wegen 11.000 fl. überreichten C und D am 26. October 1870 und abgesondert der Erstgeklagte B am 3. November 1870 die Einrede. Beide Einreden wurden den Klägern um die Replik verbeschieden, worauf dieselben Eine Replik in Beantwortung beider Einreden einbrachten, welche von dem Proceßgerichte mit Bescheid vom 14. Jänner 1871 dem Erstgeklagten B allein zugestellt wurde. Da dieser keine Duplik erstattete, ward auf Ansuchen der Kläger mit Bescheid vom 22. Februar 1871 zur Acteninrotulirung Tagsatzung angeordnet und dieselbe am 10. März 1871 vorgenommen. Am 31. März 1871 überreichten nun C und D ein Gesuch um Inrotulirung der Acten wegen nicht erstatteter Replik, welches mit Bescheid vom 1. April 1871 mit dem zurückgestellt wurde, daß auf die von Dr. E als Vertreter des A rechtzeitig überreichte und beim Mangel eines gemeinschaftlichen Schriftenempfängers der Geklagten dem Vertreter des Erstgeklagten B um die Duplik am 31. Jänner 1871 zugestellte Replik wegen nicht erstatteter Duplik nach dem Begehren der Kläger am 10. März 1871 mit der Inrotulirung der Acten vorgegangen wurde. — Dem gegen diesen Bescheid eingebrachten Recurse der Geklagten C und D hat das O. L. G. stattgegeben, die Bescheide vom 1. April 1871 u. 22. Februar 1871, sowie die vorgenommene Acteninrotulirung aufgehoben und dem Gerichte erster Instanz aufgetragen, die entsprechende Erledigung der Replik den Geklagten C und D zu Handen ihres Vertreters Dr. F zuzustellen, „in der Erwägung, daß nach der ausdrücklichen Vorschrift des Hofdcr. vom 23. August 1799, J. G. S. Nr. 474, die Streitgenossen, wenn sie sich auch mehrerer Advocaten bedienen können, ihre Rechte nur in einer und der nämlichen Satzschrift ausführen können, daher, nachdem C und D durch Dr. F am 26. October 1870 die Einrede überreicht hatten, die von B durch Dr. E am 3. November 1870 überreichte abgesonderte Einrede mit Bezug auf obige gesetzliche Bestimmung zurückzuweisen war und bis zur Aufhebung des diese letztere Einrede aufrecht erledigenden Bescheides nur deshalb nicht zurückgegangen wird, weil die Kläger dagegen nicht recurrirten und auf beide Einreden die Replik erstatteten, dagegen bei dieser Sachlage C und D als Diejenigen angesehen werden müssen, welche dem Gesetze entsprechend Rede und Antwort gaben, daher ihnen die Replik zu Händen ihres Vertreters zuzustellen ist und sonach weiters nach dem Gesetze vorzugehen sein wird“.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung aus den in derselben angeführten Gründen.

---

## Nr. 4199.

### Besitzstörungsproceß wegen Nichtrückstellung einer anvertrauten Urkunde?

**Entsch. v. 13. Juni 1871, Nr. 7270 (Best. der gleichförmigen Decr. des städt.-deleg. B. G. der Alt- und Neustadt Prag v. 14. März 1871, Nr. 11080 und des O. L. G. Prag v. 18. April 1871, Nr. 12081). G. H. 1871, S. 200.**

Die Klage des A wider B wegen Besitzstörung war auf die Anführung gegründet, daß B, Leiter der Filiale einer Versicherungsgesellschaft, die Versicherungspolizze des Klägers durch das Vorgeben, derselben eine wichtige Anmerkung beisetzen zu müssen, sich von ihm zu verschaffen gewußt, mithin in den Besitz der Polizze sich eingeschlichen, dadurch des Klägers Besitz gestört habe und schuldig sei, sie herauszugeben. B setzte die Einrede der Incompetenz des Gerichtes entgegen, weil die Frage der Echtheit des Besitzes, sowie jene der Redlichkeit und Rechtmäßigkeit, nach §. 5 alinea 2 der kais. Verordnung vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12, auf den ordentlichen Rechtsweg zu verweisen sei, die ordentliche Besitzklage aber nicht vor das angerufene städt.-delegirte B. G. gehöre (§§. 13 und 55 J. N.). — Nach durchgeführter Verhandlung wurde von beiden Untergerichten der Incompetenzeinrede stattgegeben.

Der oberste Gerichtshof verwarf den a. o. Recurs des Klägers, weil festgestellt ist, daß die Polizze mit Einwilligung des A zum Zweck vorzunehmender Correcturen in den Besitz des B kam; weil A dafür, daß B durch Vorwände in den Besitz sich eingeschlichen hätte, keinen Beweis erbrachte, vielmehr von einem der verhörten Zeugen bestätigt wurde, daß die von B in der Einrede bezeichneten Fehler in der Polizze wirklich vorhanden waren; und weil in der Proceßverhandlung von beiden Parteien mehrfache Rechtsfragen über die Giltigkeit des Versicherungsvertrages selbst und über das Verhältniß des C als Vermittlers des Vertrages zu beiden Theilen angeregt worden sind, die mit der Frage der Besitzstörung zusammenhängen, allein ihrer Natur nach nicht in possessorio summariissimo, sondern im ordentlichen Verfahren endgiltig zu lösen sind.

---

## Nr. 4200.

### Gegenbeweis gegen die in §. 1430 a. b. G. B. aufgestellte Vermuthung: Unanwendbarkeit der in §. 1487 a. b. G. B. statuirten dreijährigen Verjährungsfrist. — Zurückschiebung eines irreferibel aufgetragenen Eides.

**Entsch. v. 14. Juni 1871, Nr. 677 (Best. des das Urth. des L. G. Bozen v. 28. Oct. 1869, Nr. 3448, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck v. 25. Jänner 1870, Nr. 5053). G. Z. 1871, Nr. 79. G. H. 1871, S. 245.**

Die im Jahre 1868 angestellte Klage der Firma A wider den *Kaufmann* B pcto. Zahlung eines Warenrechnungsrestes von 100 fl.

nebst Zinsen war darauf gegründet, daß B von A in der Periode vom 8. März 1858 bis incl. 30. März 1859 die in den Klagebeilagen a (Rechnung) und b (Buchauszug) specificirten Waren zum Preise von 680 fl. erhalten und davon laut dieser Beilagen (nur) 580 fl. gezahlt hat. Der Beklagte berief sich zu seiner Vertheidigung darauf, daß alle späteren Warenfacturen der Klägerin bis auf den Kreuzer beglichen und saldirt sind (§. 1430 a. b. G. B.). Die Klägerin führte diese vorbehaltlose Quittirung der späteren Rechnungen auf ein Versehen ihres Buchhalters zurück und um die auf §. 1430 a. b. G. B. gegründete Vermuthung der vollen Zahlung der 680 fl. zu entkräften, trat sie den mittelst des Erfüllungseides zu ergänzenden Gegenbeweis der im Betrage von 100 fl. noch offen gebliebenen Schuld durch ihre Handelsbücher an und trug subsidiarisch dem B den unrückschiebbaren Haupteid darüber auf, daß er von der klagenden Firma während der oben erwähnten Zeit die in a und b specificirten Waren zum Preis von 680 fl. bezogen und ihr davon bar oder durch bewilligten Sconto nicht mehr als 580 fl. gezahlt habe. Der Beklagte entgegnete, daß, wenn er in der That um 100 fl. zu wenig gezahlt haben sollte und dies einem Irrthume auf Seite der Klägerin in ihrer Buchführung zuzuschreiben ist, ihr Anspruch auf die Nachzahlung zur Zeit der angestellten Klage durch die Triennalverjährung des §. 1487 a. b. G. B. bereits erloschen war. Den Haupteid anlangend, protestirte er gegen dessen Unrückschiebbarkeit und schob ihn der Firma zurück. — In erster Instanz wurde auf Grund der von B eingewendeten Verjährung die Klage abgewiesen. — Das O. L. G. erkannte auf den der Klägerin zurückgeschobenen Haupteid und verurtheilte für den Fall der Ableistung den Beklagten zur Zahlung der geforderten 100 fl. nebst Zinsen. Gründe: Der Beklagte nimmt zwar mit vollem Rechte den §. 1430 a. b. G. B. für sich in Anspruch; allein die hiernach durch die Begleichung der späteren Rechnungen begründete Vermuthung der Zahlung einer früheren Rechnung schließt den Gegenbeweis der Klägerin nicht aus. Was aber die von B nach §. 1487 eingewendete Verjährung anbetrifft, so setzt dieser Paragraph nach seinem Wortlaute, wie nach dem Geiste eine durch Vertrag entstandene Forderung voraus, wovon hier keine Rede sein kann, da der Irrthum nur darin gelegen sein würde, daß die Firma, in Folge falscher Berechnung oder eines anderen Uebersehens, zur Zeit der Saldirung der späteren Facturen die früheren Rechnungen für voll beglichen gehalten hat, obschon sie in der Wirklichkeit es noch nicht waren. Ein solcher Irrthum des Berechtigten und die dadurch veranlaßte Verzögerung der Eintreibung der Forderung begründen nicht die Verjährung derselben im Sinne des §. 1487. Es handelt sich also um den Beweis der Richtigkeit der eingeklagten Forderung. Die von der Klägerin zu dem Ende vorgelegten Handelsbücher zeigen solche Unregelmäßigkeiten, daß sie wenigstens in Bezug auf die Partei des Be-

klagten im Sinne des Art. 32 H. G. B. nicht als ordnungsmäßig geführt betrachtet werden und deshalb im Sinne des Art. 34 auch nicht einen unvollständigen, durch den Erfüllungseid zu ergänzenden Beweis herstellen können. Der Haupteid aber, welchen die Klägerin auftrug, ist nach dem oben Gesagten vollkommen entscheidend und dabei nur die Frage zu erörtern, ob derselbe, wie sie behauptet, unrückschiebbar sei. Abgesehen davon, daß zu Gunsten des Beklagten die im §. 1430 a. b. G. B. statuirte Vermuthung der Zahlung spricht, mithin der unrückschiebbare Haupteid ein nach dem Gesetze unzulässiger Reinigungseid sein würde, kann dem Beklagten das Recht der Zurückschiebung des Eides schon deshalb nicht versagt werden, weil die Firma den Proceß im eigenen Namen führt, §. 280 westg. G. O. Nach dem Hofdcr. vom 26. April 1842, J. G. S. Nr. 610, hat der Richter zu bestimmen, ob der Eid zurückgeschoben werden könne. Erwägt man nun, daß die klagende Firma selbst sich erboten hat, den Inhalt der Beilagen a und b mit ihrem Erfüllungseide zu beschwören und daß der Haupteid genau dieselben dort angeführten Thatumstände in sich faßt, so ist kein Grund vorhanden, diesen Eid als unrückschiebbar zu erklären und zwar um so weniger, da die Firma nicht nur die Gelegenheit, sondern auch die Pflicht hatte, sich von der Richtigkeit ihrer Bücher die Ueberzeugung zu verschaffen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz mit Bezugnahme auf die vorstehende Begründung.

---

## Nr. 4201.

### Rangordnung der Cessionen von Theilbeträgen eines gerichtlichen Gelddeposits nach dem Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches um die depositenamtliche Anmerkung.

**Entsch. v. 14. Juni 1871, Nr. 6799 (Best. der gleichförmigen Decr. des K. G. Tarnow v. 8. Juli 1870, Nr. 4352 und des O. L. G. Krakau v. 22. Dec. 1870, Nr. 16700). G. H. 1871, S. 290.**

Aus dem gerichtlichen Gelddepositum, welches der D von einer Verlassenschaft zugefallen war, hatte sie ihren Gläubigern A, B und C die den Forderungen gleichkommenden Beträge schriftlich cedirt und zwar dem A im Jahre 1863, dem B im März und dem C im October 1864. Im Februar 1864 wies sich A in einer Eingabe an das Verlassenschaftsgericht über die Cession aus und im October 1864 hat er zur Sicherstellung seiner Forderung gegen die D um Verbot und Pfändung des ihr zugefallenen Depositums, auf welches Gesuch das Abhandlungsgericht nur die Cession der D an A mit der Clausel des §. 822 a. b. G. B. in dem Depositenbuche anmerken ließ. Allein noch vor der Ueberreichung und Erledigung dieses letzteren Gesuches des A

hatten B und C sich an das Gericht um Ausfolgung der von der D ihnen cedirten Geldbeträge gewendet und ähnliche Bescheide, wie später A, nämlich die depositenamtliche Anmerkung der Cessionen erwirkt. Als nun das Depositum der D, welches die Gesammtsumme der drei Cessionen nicht erreichte, unter den Cessionaren A, B und C vertheilt werden sollte, wurde von beiden Untergerrichten der Tag der depositenamtlichen Anmerkung als der Tag der „Erwirkung des Pfandrechtes an den entsprechenden Beträgen“ für entscheidend angesehen und demnach den Forderungen des B und C das Vorrecht vor der Forderung des A eingeräumt. — Dagegen ergriff A den a. o. Recurs, in welchem er mit Rücksicht auf den Tag der Eingabe, mit der er bei Gericht die Cession der D an ihn ausgewiesen hatte (Februar 1864), das Vorrecht vor B und C in Anspruch nahm.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs aus folgenden Gründen: Die Ansicht der Untergerichte kann zwar nicht getheilt werden, weil dafür, daß hier der Tag der Erledigung der bezüglichen Gesuche (der Bewilligung der Anmerkung in dem Depositenbuche) maßgebend sei, im Gesetze kein Anhaltspunkt zu finden ist und weil in der That keinem der erwähnten Gläubiger A, B und C ein Pfandrecht eingeräumt wurde, sondern nur Cessionen auf Rechnung der Schuldnerin D zur Sprache kommen. Dessenungeachtet kann der Recurs des A nicht als gegründet angesehen werden. Denn nach der Analogie des §. 438 a. b. G. B. ist hier in Betreff des Cessionsvorrechtes nur der Zeitpunkt als maßgebend anzusehen, in welchem die Gesuche des A, B und C, auf die das Gericht die Anmerkungen in dem Depositenbuche verfügt hat, überreicht worden sind und in dieser Beziehung steht der Recurrent A den Interessenten B und C nach, da sein Verbotsgesuch später präsentirt und die ihm bewilligte depositenamtliche Anmerkung später vollzogen worden ist. Sein erstes Gesuch, worin er die Cession der D an ihn ausgewiesen hat, kann den anderen Interessenten gegenüber von keinem Belange sein, weil er in demselben noch nicht um den Erlaß eines Auftrages an das Depositenamt, sondern ausdrücklich nur um gerichtliche Kenntnißnahme von der Cession und Verständigung der D von der Kenntnißnahme bat und andererseits der aus der Cession entspringende Anspruch auch nicht zu jenen Ansprüchen gehörte, die durch die Einantwortung der Verlassenschaft geregelt wurden, daher A mit Grund nicht behaupten kann, daß in dieser Richtung die gleichartigen Ansprüche anderer Gläubiger der D seinem Anspruche weichen müssen (§. 822 a. b. G. B.).

## Nr. 4202.

### Unzulässigkeit gerichtlicher Execution der die Ersatzpflicht eines Gemeindevorstehers aussprechenden Entscheidung eines Landesausschusses.

**Entsch. v. 14. Juni 1871, Nr. 7055 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Bezzano v. 9. April 1871, Nr. 1887 und des O. L. G. Innsbruck v. 2. Mai 1871, Nr. 1805). Gazz. dei Trib. 1872, Nr. 7.**

Auf Grund der Notion des tirol. Landesausschusses, wodurch B, vormals Vorsteher der Gemeinde A, aus seiner Verwaltung der Gemeinde für 1675 fl. als ersatzpflichtig erklärt wurde, begehrte die Letztere bei dem Gerichte die Pfändung des beweglichen und unbeweglichen Vermögens des B zur Deckung des erwähnten Ersatzbetrages. — Das Gericht erster Instanz wies das Gesuch zurück, weil die demselben zu Grunde gelegte Entscheidung in dem Wirkungskreise der Verwaltung erlassen wurde, daher auch nur auf dem Verwaltungswege exequirt werden könne. — Das O. L. G. entschied in dem gleichen Sinne, indem es bemerkte, daß der §. 396 westg. G. O. taxativ die Titel aufzähle, auf deren Grund der Richter die Execution bewilligen darf und daß die später erlassenen Gesetze, in welchen die Erkenntnisse nicht richterlicher Behörden, die vor denselben geschlossenen Vergleiche, notarielle und andere öffentliche Urkunden, den im citirten Paragraphe bezeichneten Titeln gleichgestellt werden, nicht auch die Entscheidungen der Landesausschüsse anführen.

Der oberste Gerichtshof verwarf den a. o. Recurs der Gemeinde, indem er erklärte: es könne darin, daß die Untergerichte bei dem Mangel eines bestimmten Gesetzes die Execution der Notion des Landesausschusses versagt haben, eine offenbare Ungerechtigkeit nicht erblickt werden, da der vorliegende Fall keine Analogie mit den taxativ angeführten Fällen habe, in denen der Richter durch besondere Vorschriften berufen ist, auf die Verordnungen oder Notionen anderer bestimmter Verwaltungsbehörden die Execution zu ertheilen.

---

## Nr. 4203.

### Besitzstörung durch die vom Vermiether vorgenommene Entfernung einer vom Miether angebrachten Ankündigungstafel?

**Entsch. v. 14. Juni 1871, Nr. 7130 (Best. des das Decr. des B. G. der innern Stadt Wien v. 12. April 1871, Nr. 14009, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 4. Mai 1871, Nr. 8574). G. H. 1871, S. 227.**

Der Arzt A hatte eine Wohnung in dem dritten Stocke des dem B gehörenden Hauses gemiethet und an dem Hause zwei Ankündigungs-

tafeln angebracht, von denen die eine, am Erker, den Namen und die Ordinationsstunde, und die andere, neben dem Hausthor, auch die Wohnung des A bezeichnete. Es ereignete sich, daß Patienten häufig den A in dem ersten, von einem Gesandten bewohnten Stocke aufsuchten und da derselbe darüber sich beschwerte, ließ der Hausbesitzer die am Erker angebrachte Tafel wegnehmen, weil diese Tafel die Bezeichnung der Wohnung des Arztes nicht enthielt und eben deshalb die Ursache sein mochte, daß die Patienten den A in dem ersten Stocke vermutheten. A belangte nun den B in possessorio summariissimo, und nach Vernehmung der von beiden Theilen berufenen Zeugen wurde von dem Gerichte erster Instanz in Erwägung, daß der Besitzer einer Sache die rechtliche Vermuthung eines giltigen Titels für sich hat, daher zur Angabe desselben nicht aufgefordert werden kann, §. 323 a. b. G. B.; daß nach §. 346 ibid. selbst der unechte Besitzer, welcher das ihm aus Gefälligkeit Gestattete in ein förmliches Recht zu verwandeln sucht, zur Zurückversetzung in die vorige Lage nur auf gerichtlichem Wege angehalten und zum Schutze der Besitzrechte nur, wenn die richterliche Hilfe zu spät käme, Gewalt mit Gewalt abgetrieben werden kann, — der Klage stattgegeben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das die Klage abweisende Erkenntniß der zweiten Instanz. Gründe: Da die Anbringung der Tafel als Besitzergreifung des Klägers nur in dem Falle angesehen werden könnte, als sie in Ausübung eines vermeintlichen Rechtes geschehen wäre und ein solches Recht dem Kläger aus dem Miethvertrage an sich nicht zustand, so handelt es sich nur um die Frage, ob der Beklagte, wie der Kläger anführt, ausdrücklich oder stillschweigend die Anheftung der Tafel an der erwähnten Stelle genehmigt habe. Aus dem Zeugenbeweise des Klägers (folgt in den Motiven die Analyse des Beweises) hat sich nicht ergeben, daß eine solche Erlaubniß, die Tafel anzubringen, oder die nachträgliche Zustimmung, die angebrachte Tafel stehen zu lassen, von dem Beklagten ertheilt wurde. Es kann daher die Entfernung der Tafel durch denselben als Störung des Besitzes eines Rechtes, in welchem der Kläger sich nie befunden hat, nicht betrachtet werden.

---

## Nr. 4204.

### Aerztliche Deservitenforderung: Unzulässigkeit der nachträglichen Forderung eines höheren, als des in der übersendeten Rechnung geforderten Honorars.

Entsch. v. 15. Juni 1871, Nr. 3473 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Meran v. 20. März 1870, Nr. 1129 und des O. L. G. Innsbruck vom 24. Jänner 1871, Nr. 2026). G. Z. 1872, Nr. 62.

Der Arzt A im Curorte X meldete gegen die Verlassenschaft der Gräfin M im Jahre 1866 für die Jahre 1847, 1850, 1863,

1864 und 1865 seine Forderungen für ärztliches Deservit von 5913 fl. an und wurde auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen. Er überreichte nun im Jahre 1868 gegen die Universalerbin der M eine Klage, worin er für die Jahre 1846, 1850, 1861, 1862, 1863, 1864 dann bis Ende 1865 ein ärztliches Deservit von 10452 fl., nach Abzug der erhaltenen a Conto-Zahlungen pr. 601 fl., von restlichen 9831 fl. in Anspruch nahm. Die geklagte Erbin wendete ein: Kläger habe die ärztliche Behandlung der M schon Ende Mai 1865 aufgegeben und die M ihm am 14. April 1866 für die ihr im letzten Jahre (1865) geleisteten ärztlichen Dienste die Summe von 150 fl. mit der Aufforderung überschickt, er wolle bestätigen, daß er nun keine ärztliche Deservitenforderung an sie mehr zu stellen habe. Er antwortete mit Schreiben vom 18. April 1866 wörtlich Folgendes: „Hier folgt meine Rechnung für ärztliche Behandlung der M von Anfang Juni 1863 bis Ende Mai 1865 durch zwei volle Jahre gänzlicher Hingebung Tag und Nacht, für Alles als gänzlicher Abschluß 1000 fl. Hieran empfangen am 29. Juni 1864 200 fl., am 15. April 1866 150 fl. — Summe 350 fl. — bleiben 650 fl. Dr. A." Die M habe sodann brieflich die Specificirung seiner Rechnung gefordert, sei aber bald darauf, am 3. Mai 1866, gestorben und der vom Kläger selbst angesprochene Deservitenrest pr. 650 fl. wegen der von ihm verweigerten Annahme nach §. 1425 a. b. G. B. bereits gerichtlich hinterlegt worden; folglich erscheine der Kläger für sein ärztliches Deservit vollständig befriediget und habe von der Verlassenschaft nichts mehr zu fordern. Die Erhebung der deponirten 650 fl. beim k. k. Steueramte werde ihm freigestellt. Das Gericht erster Instanz hat die Klage aus folgenden Gründen abgewiesen: Die Note vom 15. April 1866 wird vom Kläger selbst als Rechnung bezeichnet, ist von ihm eigenhändig unterfertigt, trägt die Form einer brieflichen Urkunde an sich, es hat daher die darin enthaltene Erklärung wider den Kläger die Wirkung eines urkundlichen außergerichtlichen Geständnisses im Sinne der §§. 176, 181 westg. G. O. Wenn auch die Specificirung der Rechnung gefordert wurde, so blieb der Arzt A an seine Taxirung soweit gebunden, daß er selbe im Detail specificiren, nicht aber nachträglich erhöhen konnte. Letzteres um so weniger, als er selbst bei Bestimmung seiner Deservitenforderung auf seine höchst aufopfernde Dienstleistung, die er als gänzliche Hingebung bei Tag und Nacht bezeichnete, entsprechend Bedacht nahm und mit Rücksicht hierauf das Maximum seiner Forderung auf 1000 fl. feststellte. Der M stand es demungeachtet noch immer frei, die Forderung des Rechnungslegers auch ohne Specificirung anzuerkennen und zu bezahlen, welches Recht auch auf ihre Erbin überging. Die Auslegung dieser Rechnung vom 15. April kann nicht zweifelhaft sein. Kläger bezeichnet sie gleich am Eingange als Abschluß seiner Rechnung für ärztliche Behandlung und stellte dann die Rechnung für den Zeitraum von Anfang

Juni 1863 bis Ende Mai 1865 mit dem Schlußsatze „für Alles als gänzlicher Abschluß". Dieses Erklären involvirt dessen stillschweigende Anerkennung, für die Jahre vor Anfang Juni 1863 keine ärztliche Honorarforderung und daher auch keine Rechnung mehr zu stellen zu haben. — Der Arzt A wußte ja zur Zeit der Ausstellung der Note vom 15. April 1866, daß seinerseits jede ärztliche Dienstleistung bei der M schon seit Mai 1865 aufgehört habe, und bezeichnete sicherlich mit Rücksicht hierauf seine Note als Schlußrechnung, worin er nur mehr sein restliches Honorar für die letzten zwei Jahre mit 650 fl. zu fordern hatte, sowie er auch mit dem Schlußsatze „für Alles als gänzlichen Abschluß" auf das bestimmteste zu verstehen gab, außer der in Rechnung gebrachten überhaupt gar keine andere Forderung mehr an die M zu haben. Diese vom Kläger selbst als Maximum seiner ärztlichen Deservitenforderung bezeichnete Summe von 650 fl. ö. W. hat die Geklagte dem Kläger als Zahlung angeboten und auf dessen Weigerung gerichtlich deponirt; es steht daher im Sinne des §. 1425 a. b. G. B. unabweislich fest, daß Kläger für seine ärztlichen Leistungen im restlichen Betrage von 650 fl. nach dem Tode der M von deren Erbin rechtsgiltige Zahlung erlangt hat. — Dieses Urtheil wurde von dem O. L. G. bestätigt. Die Begründung war im Wesentlichen folgende: Der enge Zusammenhang des Schreibens der M mit der Antwort des Arztes A darf nicht getrennt werden. Der Letztere mußte aus diesem Schreiben klar ersehen, daß die M ihn mit der übersendeten Restzahlung von 150 fl. ganz befriediget zu haben glaubte und daher eine dieser Auffassung entsprechende Quittung verlangte. Er gestand auch im Eingang seiner Antwort, daß er im Schreiben der M ein Verlangen derselben um Abschluß seiner Rechnung für ärztliche Behandlung erblickte, woraus folgte, daß er bei Aufstellung seiner Rechnung den Abschluß seiner Forderungen für die ganze ärztliche Behandlung im Sinne hatte und daß diese seine Auffassung in voller Uebereinstimmung mit der Schlußbitte des Schreibens der M stand. — Wenn nun der Kläger dessenungeachtet seine Rechnung nur von Anfangs Juni 1863 bis Ende Mai 1865 stellte und noch beisetzte, für alles als gänzlichen Abschluß, so hat er zwar stillschweigend aber in unzweifelhafter Weise (§. 863 a. b. G. B.) erklärt, daß er für die Jahre vor Juni 1863 keine Rechnung abzuschließen, beziehungsweise keine Forderung für ärztliche Behandlung mehr an die M zu stellen habe. Es enthält daher diese Erklärung des Klägers in seinem Antwortschreiben offenbar ein Geständniß, daß er für die früheren Jahre überhaupt keine Forderung für ärztliche Behandlung an die M mehr habe. Was aber die in diesem Schreiben erwähnte Zeitperiode von Anfangs Juni 1863 bis Ende Mai 1865 anbelangt, so war die Absicht der M darauf gerichtet, den Kläger ganz zu befriedigen, er aber erklärte, daß zu seiner vollen Befriedigung noch die Zahlung einer Summe von 650 fl. erforderlich

sei. Wenngleich die M diese Forderung nicht anerkannt hat, so folgt daraus nicht, daß Kläger die gestellte Forderung beliebig erhöhen könne, weil eben aus dem Zusammenhange des Schreibens der M und der Antwort des Arztes hervorgeht, daß er selbst sein Verdienst und seine restliche Forderung nach dem Maximum berechnet hat (viermal höher als die M wähnte).

Dagegen ergriff der Kläger die außerordentliche Revisionsbeschwerde, welche der oberste Gerichtshof aus folgenden Gründen zurückwies. Im Hinblicke auf §. 915 a. b. G. B. kann aus der Beantwortung des Schreibens der M vom 14. April 1866 durch das Schreiben des Klägers vom 15. April 1866 ein Vorbehalt weiterer Ansprüche desselben bezüglich vorausgegangener Jahrgänge nicht gefolgert, in keinem Falle aber in der Anschauung der unteren Instanzen, daß die Erbin der M ein höheres als das in dem letzteren Schreiben angesprochene Deservit anzuerkennen nicht schuldig sei, eine Gesetzesverletzung oder offenbare Ungerechtigkeit, welche die außerordentliche Revision rechtfertigen würde, erblickt werden.

---

## Nr. 4205.

### Vermächtniß einer verpfändeten Sache: Regreßanspruch des Legatars.

Entsch. v. 21. Juni 1871, Nr. 5844 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Laibach v. 23. Nov. 1869, Nr. 1394 und des O. L. G. Graz vom 2. Nov. 1870, Nr. 8335). G. Z. 1871, Nr. 14 und 67. G. H. 1871, S. 294.

Nach dem Tode des M, welcher seiner Gattin C 20.000 fl. schuldig war und ihr dafür sein Haus verpfändet hatte, wurde A als Legatar des Hauses von der C mit der Hypothekarklage belangt und leistete derselben die Theilzahlung von 8000 fl. gegen Abtretung des gleichen Betrages von ihrer Forderung an die Verlassenschaft des M. Auf Grund dieser Cession und mit Berufung auf den §. 1358 a. b. G. B. klagte nun A gegen B als Universalerben des M auf Zahlung der 8000 fl. Der Beklagte wendete ein, daß A nur seine eigene Schuld der C gezahlt habe (§§. 662 und 686 a. b. G. B.). — Beide Untergerichte erkannten nach dem Klagebegehren, indem sie dem Kläger das Regreßrecht gegen den Beklagten als Personalschuldner einräumten.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die untergerichtlichen Erkenntnisse mit der Begründung, daß nach den §§. 662 und 686 a. b. G. B. der Legatar einer verpfändeten oder belasteten Sache allerdings die darauf haftenden Lasten übernimmt, allein mit dieser Uebernahme in dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Erben als Universalsuccessor des Testators und dem Gläubiger der auf der vermachten Sache haftenden Forderung keine Aenderung eintritt; daß bei der Uebernahme einer

verpfändeten Sache in der Regel nur die Pfandlast, nicht auch die Pfandschuld übernommen wird (§§. 443 und 928 a. b. G. B.), daher der Erbe Personalschuldner der Forderung bleibt, für welche die vermachte Sache verpfändet ist, wenn der Erblasser Personalschuldner derselben gewesen ist; daß nach §. 1358 a. b. G. B. derjenige, welcher die Schuld eines Anderen zahlt, in die Rechte des Gläubigers tritt und befugt ist, von dem Schuldner den Ersatz des Gezahlten zu fordern; daß endlich in dem vorliegenden Falle von dem Erblasser dem Legatar A die Uebernahme der Schuld, wofür das vermachte Haus verpfändet ist, nicht ausdrücklich auferlegt, daher ein Sublegat der Schuldbefreiung zu Gunsten des Erben B nicht angeordnet worden ist.

---

## Nr. 4206.

## Adoption: Unzulässigkeit des Aufgebens des Familiennamens des Wahlkindes; Nachweis der Kinderlosigkeit der Wahleltern.

**Entsch. v. 21. Juni 1871, Nr. 7328 (theilweise Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 7. März 1871, Nr. 12355 und des O. L. G. Wien v. 19. April 1871, Nr. 7392). G. Z. 1871, Nr. 66.**

Der von A zur Genehmigung vorgelegte Adoptionsvertrag wurde von dem Gerichte erster Instanz darum beanständet, weil darin die Bestimmung vorkam, daß das Wahlkind nur den Familiennamen des Wahlvaters zu führen habe, dies aber dem §. 182 a. b. G. B. widerspreche, der ausdrücklich verfügt, daß die an Kindesstatt angenommene Person zwar den Namen des Wahlvaters erhält, zugleich aber ihren vorigen Familiennamen beibehält. Auch wurde der Adoptirende angewiesen, einen Nachweis beizubringen, daß er keine eigenen ehelichen Kinder habe, indem seine diesfällige, gemeinschaftlich mit seiner Ehegattin abgegebene Erklärung zur Darthuung dieser im §. 179 a. b. G. B. aufgeführten Bedingung der Bewilligung des Adoptionsvertrages nicht hinreicht. Dagegen recurrirte der Adoptirende und machte in ersterer Hinsicht geltend, daß §. 182 a. b. G. B. nur den Zweck habe, dem Kinde das Recht zu sichern, auch seinen Familiennamen zu führen, ohne es zur Führung auch dieses Namens zu verpflichten. Eine wesentliche Wirkung der Adoption sei nur, daß der Adoptirte den Namen des Wahlvaters oder den Geschlechtsnamen der Wahlmutter erhält. Es könne nicht Wirkung der Adoption sein, daß das Wahlkind auch seinen früheren Namen führe, da dieses Recht schon vor der Adoption bestand und eine Wirkung doch der Ursache nachfolgen muß. In der anderen Richtung wurde angeführt, daß Recurrent während seiner zwanzigjährigen Ehe häufig seinen Aufenthaltsort wechselte, also gar nicht in der Lage wäre, Zeugnisse beizubringen,

daß ihm nicht irgendwo ein eheliches Kind geboren wurde. — Das O. L. G. bestätigte die erstgerichtliche Verordnung.

A ergriff den Revisionsrecurs an den obersten Gerichtshof, welcher, in so ferne der Adoptionsact deshalb beanständet wurde, weil das Adoptivkind lediglich den Familiennamen des Adoptivvaters führen solle, der Beschwerde keine Folge gab, weil die Beanständung in den §§. 179 und 182 a. b. G. B. ihre Rechtfertigung findet und die Zulässigkeit einer Aenderung in der Führung des nach Vorschrift des bürgerlichen Gesetzbuches zustehenden Familiennamens den Gerichten nicht eingeräumt ist, jedoch mit Rücksicht auf die Vorschrift des §. 258 des Gesetzes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, in Verbindung mit Nr. 5, 8 und 10 des §. 2 desselben Gesetzes und in Betracht, daß eine strenge Nachweisung von Seite der Partei nicht erforderlich ist, und daß, wenn das Gericht nach der vom Wahlvater, welcher laut Originaltrauscheines im ledigen Zustande die N heiratete, und auch von der letzteren ertheilten Versicherung, immerhin noch Bedenken tragen kann, ohne weiters das Nichtvorhandensein ehelicher Kinder anzunehmen, solche Bedenken unschwer durch Einholung von Erkundigungen bei der Sicherheits- oder Gemeindebehörde, oder bei dem Amte, dem der Bittsteller angehörte, allenfalls nach vorläufiger Einvernehmung desselben behoben werden können, die Verweisung des Recurrenten zur Nachweisung, daß er keine eigenen ehelichen Kinder habe, mit dem Auftrage beseitigte, daß von dem Richter die erforderlich scheinenden Erhebungen von amtswegen zu pflegen und weiter nach Vorschrift des Gesetzes vorzugehen sei.

---

## Nr. 4207.

### Summarisches Verfahren: Zurückschiebung des irreferibel aufgetragenen Eides über die Echtheit einer Urkunde; Verpflichtung des Deferenten zur Ablegung des Eides ohne beschränkenden Beisatz.

**Entsch. v. 22. Juni 1871, Nr. 2651 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Lemberg v. 20. Juli 1870, Nr. 33300 und des O. L. G. Lemberg v. 3. Nov. 1870, Nr. 28559). Zeitschr. f. d. Notariat 1872, Nr. 39.**

In der Rechtssache des A gegen den Curator der ruhenden Verlassenschaft des B puncto Zahlung einer Wechselforderung widersprach der Curator die Echtheit des angeblichen Acceptes des Verstorbenen, worauf A ihm über die Echtheit den Haupteid irreferibel zuschob, den ihm aber der Curator dennoch zurückschob. — Beide Untergerichte erkannten auf den dem Kläger zurückgeschobenen, von demselben ohne jede Beschränkung abzulegenden Haupteid.

Der oberste Gerichtshof entschied in dem gleichen Sinne, aus folgenden Gründen: Die untergerichtlichen Urtheile sind gesetzlich begründet, und ihre Gesetzmäßigkeit wird durch die Behauptung des dieselben anfechtenden Klägers, daß im Sinne des §. 37 des Gesetzes über den summarischen Proceß der deferirte Haupteid seiner Natur nach unrückschiebbar sei, nicht beirrt. Die Unrichtigkeit dieser Behauptung ergibt sich schon aus der Hinweisung in dem cit. §. 37 auf den vorhergehenden §. 36; zudem hat der Kläger für die behauptete Unrückschiebbarkeit des Eides keine Gründe angeführt und ist auch aus der Beschaffenheit des Klagewechsels kein Umstand zu entnehmen, der hier die Unrückschiebbarkeit, die doch eine Ausnahme von der Regel ist, zu rechtfertigen vermöchte. Daß aber der Kläger den Eid ohne jedwede Beschränkung zu schwören hat und daß sein Eventualbegehren um Gestattung, den Eid in der Art zu schwören, daß er nach bestem Wissen und Gewissen den Wechsel für echt halte, unbegründet ist, ergibt sich aus der Anordnung des §. 279 westg. G. O. und aus der Erwägung, daß die besondere Bestimmung des §. 37 des Gesetzes über den summarischen Proceß, als Ausnahme von der Regel, auf den Fall der Zulassung des zurückgeschobenen Haupteides nicht angewendet werden darf.

---

## Nr. 4208.

### Execution (Verbot) auf eine an die Stelle einer zu dem fundus instructus gehörigen Sache getretene Geldsumme.

**Entsch. v. 22. Juni 1871, Nr. 7458 (Best. des Decr. des K. G. Tarnopol v. 5. Jänner 1871, Nr. 93, Abänd. des Decr. des O. L. G. Lemberg vom 18. März 1871, Nr. 8660). G. H. 1871, S. 239.**

Das in erster Instanz bewilligte Gesuch des A um das Verbot auf die Geldsumme, welche seinem Schuldner B für das wegen einer Seuche der Keule unterzogene Vieh desselben angewiesen ward, wurde in zweiter Instanz abgewiesen, weil das besagte Vieh zu dem fundus instructus des von B besessenen Gutes gehört hatte, daher die den Werth desselben repräsentirende Geldsumme, gleich dem Vieh, nicht in Execution gezogen werden könne.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung. Gründe: Die Frage, ob das Vieh des Schuldners ein Bestandtheil des fundus instructus seines Gutes gewesen sei, ist ohne Belang, weil eine gesetzliche Bestimmung, kraft welcher die Geldentschädigung für das nach polizeilicher Anordnung getödtete Vieh (§. 32 des Gesetzes v. 29. Juni 1868, R. G. Bl. Nr. 118) nach Maß, als dasselbe zum fundus instructus einer Liegenschaft gehörte, in Bezug auf Verbot und Execution, sowie der fundus instructus nach Vor-

schrift des Hofdcr. vom 7. April 1826, J. G. S. Nr. 2178 (Unzulässigkeit der abgesonderten Beschlagnahme des Zubehörs von Immobilien), zu behandeln wäre, nicht besteht, an sich aber eine solche Entschädigung, wenn auch das Vieh ein Bestandtheil des fundus instructus war, als Zubehör des Gutes (§§. 294—297 a. b. G. B.) eben so wenig aufgefaßt werden kann, als in dem Falle, daß der Eigenthümer das Vieh verkauft hätte, der Verkaufspreis.

---

## Nr. 4209.

### Concurseröffnung: Verpflichtung zum Vorschuß der Kosten; Beweislast bezüglich des Vorhandenseins von Vermögen.

Entsch. v. 27. Juni 1871, Nr. 7554 (Best. des das Decr. des L. G. Graz v. 28. Februar 1871, Nr. 3364, abänd. Decr. des O. L. G. Graz vom 29. März 1871, Nr. 3957). G. Z. 1871, Nr. 84.

Das im Februar 1871 unter Vorlage der Wechselzahlungsaufträge per 5000 fl. und Bescheinigung fruchtlos geführter Executionen angebrachte Gesuch mehrerer Gläubiger des B um die Concurseröffnung wurde nach vorgängiger Verhandlung gemäß §. 63 der C. O. vom Gerichte erster Instanz in der Erwägung abgewiesen, daß B selbst — laut der von ihm producirten Behelfe — im Jahre 1869 um die Concurseröffnung gebeten hat, sein Gesuch aber durch gerichtlichen Beschluß vom Mai 1869 wegen Unzulänglichkeit des angezeigten Vermögens zur Deckung der Kosten der Concursverhandlung zurückgewiesen worden ist; daß die heutigen Gesuchsteller und Gläubiger des B in ihrem Gesuche zwar anführten, daß er noch ein bedeutendes Vermögen besitzt, allein den Nachweis, welchen sie sich für die Tagfahrt vorbehielten, bei derselben schuldig blieben und sogar im Widerspruche mit ihrem früheren Versprechen erklärten, daß sie ein Vermögen ihres Schuldners nachzuweisen gesetzlich nicht verpflichtet und es Sache des Concursmasseverwalters sei, das Vermögen zu erforschen, wobei sie nur ihre Bereitwilligkeit kundgaben, dem Letzteren nähere Daten über das Vermögen anzugeben; daß B bei der Tagfahrt erklärte, seinen Vermögensstand aus dem einfachen Grunde nicht angeben zu können, weil er gar kein Vermögen besitze; daß somit die thatsächlichen Verhältnisse die nämlichen geblieben, wie sie im Jahre 1869 zur Zeit der Abweisung des B'schen Concurseröffnungsgesuches waren; §. 66 C. O. — Dagegen hat das O. L. G. in Erwägung, daß alle im §. 63 statuirten Bedingungen der Concurseröffnung vorhanden sind; daß auf die einseitige Erklärung des B, kein Vermögen zu haben, so wenig als auf den durch die Unzulänglichkeit des Vermögens motivirten Gerichtsbeschluß vom Jahre 1869 Rücksicht genommen werden darf, da die Vermögensverhältnisse in-

zwischen sich geändert haben können; daß die Gläubiger erklärten, von einem bedeutenden Vermögen des B zu wissen und bereit zu sein, dasselbe dem Concursmasseverwalter gegenüber anzuzeigen; daß andererseits ihnen als Executionsführern obliegt, den zur Bestreitung der Kosten der Concurseröffnung, der Inventur und Verlohnung des Concursmasseverwalters nöthigen Geldbetrag gegen seinerzeitigen Ersatz der Massekosten aus dem etwaigen Concursvermögen zu beschaffen, — entschieden, daß dem Gesuche um die Concurseröffnung stattgegeben werden wird, sobald die Gesuchsteller zur Deckung der nach §. 29 C. O. aus der Masse zu bestreitenden Kosten der Concurseröffnung und der sonstigen Massekosten einen Vorschuß von 100 fl. gegen Ersatz der aufgewendeten Massekosten aus dem etwaigen Concursvermögen bei Gericht erlegt haben werden.

Die von B angefochtene Verordnung der zweiten Instanz wurde von dem obersten Gerichtshofe mit Bezugnahme auf die vorstehende Begründung bestätigt.

---

## Nr. 4210.

### Concurseröffnung: Befreiung des um dieselbe ansuchenden Gläubigers von der Beweislast bezüglich des Vorhandenseins von Vermögen und vom Kostenvorschuß.

**Plenar-Beschluß v. 27. Juni 1871, ad Nr. 7873. G. Z. 1871, Nr. 65. G. H. 1871, S. 257. Judicatenbuch Nr. 71 (Manz'sche Sammlung, I. Band. S. 61).**

Der oberste Gerichtshof hat folgende Rechtsmaximen aufgestellt:

„In dem Falle der von einem Gläubiger wider seinen Schuldner nach §. 63 der Concursordnung vom 25. December 1868 angesuchten Concurseröffnung kann ein Nachweis darüber, daß ein zur Deckung der Kosten der Concursverhandlung hinreichendes Vermögen des Schuldners vorhanden sei, dem die Concurseröffnung beantragenden Gläubiger nicht auferlegt werden, und wenn es bei der Schlußfassung über den Antrag auf Concurseröffnung noch ungewiß ist, ob das Vermögen zur Deckung der Kosten der Concursverhandlung hinreiche (§. 66 C. O.), ist es nicht zuläßig, die Concurseröffnung von einer, von dem dieselbe begehrenden Gläubiger für diese Kosten zu leistenden Sicherstellung abhängig zu machen oder den Gläubiger für diese Kosten in Haftung zu erklären."

---

## Nr. 4211.

### Nichthaftung des die Concurseröffnung erwirkenden Gläubigers für die Expensen des Masseverwalters.

**Entsch. v. 28. Juni 1871, Nr. 7570 (Best. des das Decr. des L. G. Prag v. 24. Dec. 1870, Nr. 34556, aufheb. Decr. des O. L. G. Prag v. 28. März 1871, Nr. 8849). G. Z. 1871, Nr. 254.**

Auf den Antrag des Gläubigers B war gegen C der Concurs eröffnet worden, in welchem außer ihm mehrere Gläubiger ihre Forderungen anmeldeten. Die zur Liquidirung der angemeldeten Forderungen anberaumte Tagfahrt wurde von dem Concursmasseverwalter A besucht, welcher seine Expensen- und Palmarrechnung vorlegte und begehrte, daß nach vorgängiger Adjustirung der Deserviten, ihm dieselben gegen den Cridar und gegen B, der auf die Eröffnung des Concurses gedrungen habe, zugesprochen und der Concurs wegen Vermögensabganges aufgehoben werde. Zur Adjustirungstagfahrt erschien nebst dem Concursmasseverwalter nur B und verwahrte sich dagegen, daß er die Deserviten des Ersteren zahlen solle. — Das Concursgericht adjustirte die Rechnung des A und trug dem B den gerichtlichen Erlag des noch unbedeckten Restes derselben mit 38 fl. auf, weil die Eröffnung des Concurses auf seinen Antrag, daher in seinem, nicht in allgemeinem Interesse verfügt wurde, die in Parteisachen aufgelaufenen Kosten aber die Partei zu tragen habe, und weil von der Gemeinschaft der Concursgläubiger in dem vorliegenden Falle dem Concursmasseverwalter ein Vorschuß zur Bestreitung der Concursauslagen nicht bewilligt worden ist, mithin die übrigen Gläubiger, die erst nach eröffnetem Concurse ihre Forderungen angemeldet haben, zum Ersatze der mit der Concurseröffnung verbundenen Kosten nicht angehalten werden können. Das Concursgericht behielt sich vor, nach der Berichtigung der Gebühren des A wegen Aufhebung des Concurses die weiteren Verfügungen zu treffen. — Von dem O. L. G. wurde der erstgerichtliche Zahlungsauftrag mit der Begründung aufgehoben, daß die Kosten der Concurseröffnung, der Inventur u. s. w. nach §. 29 C. O. Masseschulden sind, welche nur aus der Masse (§. 28 ibid.), so weit sie reicht, zu zahlen sind, und daß keinem Gläubiger die Pflicht auferlegt werden kann, das zur vollen Zahlung derselben etwa Fehlende zu ersetzen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung der zweiten Instanz, weil die zur Frage stehenden Kosten, auf deren Ersatz der Concursmasseverwalter nach §. 77 C. O. Anspruch hat, zu den Massekosten (§. 29, Nr. 1 lit. a) ibid.) gehören und weil im vorliegenden Falle der Concurs noch nicht aufgehoben werden, daher die Möglichkeit der Berichtigung jener Kosten aus dem Concursvermögen bei fortgesetzter Concursverhandlung nicht ausgeschlossen ist.

## Nr. 4212.

### Gesetzliches Pfandrecht des Vermiethers: Umfang der invecta et illata.

**Entsch. v. 28. Juni 1871, Nr. 7759 (Best. des Decr. des B. G. Biala vom 21. Oct. 1870, Nr. 6567, Abänd. des Decr. des O. L. G. Krakau v. 13. April 1871, Nr. 8392). G. H. 1871, S. 255.**

Da in die auf Einschreiten des Vermiethers zur Realisirung des gesetzlichen Pfandrechtes nach §. 1101 a. b. G. B. aufgenommene pfandweise Beschreibung der eingebrachten Fahrniß des mit dem Miethzinse in Rückstand gebliebenen Miethers auch auf dessen Werkzeug zum Betriebe der Zuckerbäckerei, wovon er lebte, aufgenommen worden war, entstand die Frage, ob dieses Werkzeug — gegen die Bestimmung des §. 453 westg. G. O. — in Execution gezogen werden könne.

Der oberste Gerichtshof entschied die Frage in bejahendem Sinne, weil die das gesetzliche Pfandrecht statuirende Vorschrift des §. 1101 a. b. G. B. als jus singulare und als das spätere Gesetz der Bestimmung des §. 453 westg. G. O. derogire.

---

## Nr. 4213.

### Besitzstörungsproceß: Unstatthaftigkeit der exceptio litis finitae.

**Entsch. v. 28. Juni 1871, Nr. 7915 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des B. G. Großmeseritsch v. 4. Nov. 1870, Nr. 8358 und des O. L. G. Brünn v. 5. April 1871, Nr. 4251). G. H. 1871, S. 327.**

Die Klage des A gegen B wegen Störung im Besitz einer Waldparcelle durch eigenmächtige Wegführung des von A dort gefällten Holzes und der von ihm gebrochenen Steine wurde auf die von B vorgebrachte exc. litis finitae von beiden Untergerichten, — von dem O. L. G. mit folgender Begründung zurückgewiesen: In dem von B vorgelegten gerichtlichen Vergleiche haben beide Parteien sich geeinigt, daß es von dem damals wegen der nämlichen Waldparcelle schwebenden, durch dieselben Handlungen veranlaßten Besitzstörungsstreite abzukommen habe, und wurde weiters das Uebereinkommen getroffen, daß der X genannte Theil derselben in das unbeschränkte Eigenthum des A, der andere Theil in das unbeschränkte Eigenthum des B übergehen soll. Da nun nach der Angabe des Klägers selbst, die in dem gegenwärtigen Processe als Besitzstörung incriminirten Handlungen des B, außerhalb des X genannten Theiles der Waldparcelle, in dem durch den Vergleich dem B zugefallenen Theile derselben stattgefunden haben, so ist die angebrachte Einwendung der bereits beigelegten Sache gegründet, weil

diese Besitzhandlungen des B seit dem Schlusse des erwähnten Vergleiches als eine Störung des Besitzes des A nicht mehr angesehen werden können.

Der oberste Gerichtshof hat mit Aufhebung der untergerichtlichen Verordnungen dem Gerichte erster Instanz die meritorische Proceßentscheidung aufgetragen. Gründe: Es handelt sich hier um eine Besitzstörungsangelegenheit, in welcher nach §. 5 der kais. Verordnung v. 27. Oct. 1849, R. G. Bl. Nr. 12, es einzig auf die Erörterung und den Beweis der Thatsache des letzten Besitzstandes und der erfolgten Störung ankommt und die richterliche Verfügung und das Erkenntniß auf den Schutz des gestörten Besitzes beschränkt sein sollen. Daher ist in Besitzstörungsprocessen die Einwendung der entschiedenen (beigelegten) Sache unstatthaft, da vorausgegangene Entscheidungen und die ihnen gleich kommenden gerichtlichen Vergleiche nur als Umstände angesehen werden könnten, worauf allenfalls die eine oder die andere Partei ihren Besitz stützen mag.

---

## Nr. 4214.

### Veräußerung einer nach §. 822 a. b. G. B. mit Vormerkung belegten Erbschaftssache während der Verlassenschaftsabhandlung.

**Entsch. v. 28. Juni 1871, Nr. 8030 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 14. März 1871, Nr. 13869 und des O. L. G. Wien vom 26. April 1871, Nr. 8106). G. Z. 1871, Nr. 67.**

Dem C, Schuldner des A, war aus der Verlassenschaft seines Vaters $^{1}/_{6}$ einer Realität angefallen. A erwirkte die Pränotation seiner Forderung auf diesen Realitätenantheil und späterhin auf Grund der rechtskräftig gewordenen Zahlungsauflage die Einverleibung des executiven Pfandrechtes. Diese Eintragungen erfolgten mit der Beschränkung des §. 822 a. b. G. B. Im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung verkaufte C den also belasteten Realitätenantheil mit Genehmigung der Abhandlungsinstanz seiner Mutter B, welche durch die Einantwortung in den Besitz der ganzen Realität gelangte und an die Gewähr derselben gebracht wurde. Nach vollzogener Einantwortung und Gewähranschreibung begehrte A die executive Schätzung des obigen Realitätenantheiles, die von dem Executionsgerichte bewilligt, deren Vornahme aber von der Realinstanz verweigert wurde, weil die Bedingung, unter welcher die Pfandrechtseinverleibung erfolgte, daß diese nämlich erst von der Einantwortung wirksam zu sein habe (§. 822 a. b. G. B.), nicht erfüllt wurde, indem der in Execution gezogene Hausantheil nicht an den Schuldner, sondern an eine dritte

Person gelangte. — Gegen die Verweigerung der Schätzungsvornahme recurrirte A und machte geltend: nur wenn sich in der Abhandlung zeigt, daß dem Erben auf den angefallenen Antheil kein Anspruch zukommt, weil etwa eine Enterbungsursache bewiesen, oder ein näherer Erbe oder ein Legatar ihn ausschließt, oder wenn die Realität zur Tilgung von Verlassenschaftsschulden ganz in Anspruch genommen wird, nur dann könne dem Gläubiger des Erben das unter der Beschränkung des §. 822 erwirkte Pfandrecht entzogen werden. Wenn er aber über das Erbgut verfügt und es an Jemand entgeltlich abtritt, kann er dadurch das Pfandrecht des Gläubigers nicht beeinträchtigen; er kann auf seinen Rechtsnachfolger nicht mehr Rechte übertragen als er selbst hat; überträgt er also auf den Uebernehmer einen mit Pfandrecht belasteten Antheil, so muß sich letzterer die Geltendmachung des Pfandrechtes gefallen lassen. Auch ist der Mutter des Schuldners die Verlassenschaft und resp. das fragliche Haus nicht kraft des eigenen Rechtes derselben, sondern in Gemäßheit der Erbtheilung, also auf Grund des Uebereinkommens der Erben eingeantwortet worden. — Das O. L. G. verordnete die Vornahme der Schätzung aus den von dem Recurrenten angeführten Gründen. Die Schätzung wurde aufgenommen, und sodann auf Ansuchen des A von dem Executionsgerichte die executive Feilbietung des Realitätenantheils bewilligt. Abermals verweigerte die Realinstanz die Vollziehung des Executionsactes und diesmal auch das O. L. G., weil die executive Einverleibung nur mit der Beschränkung des §. 822 a. b. G. B., die Einantwortung der Realität aber nicht an den Schuldner, sondern an eine andere Person erfolgte, die bücherliche Einantwortung also nicht zur Wirksamkeit gelangte.

Nun ergriff A den a. o. Recurs, welcher von dem obersten Gerichtshofe in der Erwägung verworfen wurde, daß der Realrichter nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, die Vornahme zu verweigern, wenn sich gegen dieselbe nach dem Stande der öffentlichen Bücher ein Anstand ergibt, welcher Fall hier eben eintritt, indem die Eintragung des executiven Pfandrechtes wider den Schuldner nur mit der Beschränkung des §. 822 a. b. G. B. erfolgte und zu seinen Gunsten das Eigenthumsrecht bezüglich des in Execution gezogenen, ihm nach seinem Vater angefallenen $1/_{6}$ Hausantheiles nicht einverleibt wurde, und über die Frage, ob dessenungeachtet zur Realisirung des unter der Beschränkung des §. 822 a. b. G. B. erworbenen Pfandrechtes mit executiver Feilbietung vorzugehen sei, nur im ordentlichen Rechtswege entschieden werden kann.

## Nr. 4215.

## Begründung des Anspruches auf Excindirung durch den bloßen Nachweis des Besitzes der gepfändeten Sachen; Vermuthung des Besitzes zu Gunsten des im Hause wohnenden Hauseigenthümers.

Entsch. v. 30. Juni 1871, Nr. 4953 (Best. des das Urth. des B. G. Sterzing v. 30. Juni 1870, Nr. 2168, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck v. 22. März 1871, Nr. 2997). G. Z. 1871, Nr. 84.

C bewohnt das Haus seines die Gärberei betreibenden Sohnes A. In diesem Hause und der daran stoßenden Scheune wurden im März 1870 auf executives Einschreiten der Firma B gegen C wegen einer Geldschuld für demselben verkauftes Leder, 20 Centner Heu, 4 Centner Gärberhaar und Fahrniß gerichtlich gepfändet. Diese Sachen reclamirte nun A in seiner gegen B angestellten Klage mit dem Begehren: die Firma B sei schuldig anzuerkennen, daß die gepfändeten Gegenstände Eigenthum des Klägers seien oder mindestens zur Zeit der Pfändung in seinem und nicht in C's Besitz waren und daß demnach die Pfändung ungiltig und rechtsunwirksam sei. — In erster Instanz wurde dem A das Eigenthum an den fraglichen Sachen mit Ausnahme von einer Kalesche, sechs Fässern, einer Häckerlingsbank und eines Brunnenhakens zuerkannt und mit derselben Einschränkung die Unwirksamkeit der Pfändung ausgesprochen, wenn A mit dem Erfüllungseide beschwört, daß diese Gegenstände schon vor der Pfändung sein Eigenthum waren. Gründe: Was die 20 Centner Heu anbetrifft, so ist einerseits durch die producirten Acten der Verlassenschaftsabhandlung nach dem Tode der M dargethan, daß der Kläger, als deren Erbe, Eigenthümer des Gartenhauses und der dazu gehörigen Anger ist, von welchen nach Aussage eines Zeugen im Jahre 1869 ein Quantum Heu von mehr als 20 Centnern eingeheimst wurde, und ist andererseits durch die Angaben mehrerer Zeugen festgestellt, daß der Execut C in jenem Jahre von seinem Grundstücke kein Heu eingebracht hat. Diese Umstände ergeben wenigstens den halben, durch Erfüllungseid zu ergänzenden Beweis des klägerischen Eigenthums an dem gepfändeten Heu. Von dem Gärberhaar erklären beide Streittheile, daß es demjenigen gehört, welcher der Gärbermeister ist. Nun ist der Kläger laut der citirten Abhandlung, Eigenthümer der mit dem Hause verbundenen Gärbereigerechtsame und hat als solcher die Vermuthung für sich, daß die Gärberei auf seine Rechnung ging, und die beklagte Firma hätte daher den — ihr nicht gelungenen — Beweis des Gegentheiles erbringen müssen. — Bei dieser Sachlage, bei dem immerhin auch zu berücksichtigenden Umstand, daß der Execut C (wie die Lederkaufsschuld beweist, wegen welcher er gepfändet wurde) doch auch Gärbergeschäfte betrieben zu haben scheint,

und bei den im Proceß überhaupt unaufgeklärt gebliebenen Rechtsverhältnissen zwischen dem Executen und dem Kläger (seinem Sohne), ergab sich auch für das Gärberhaar die Nothwendigkeit der Ergänzung des geführten Eigenthumsbeweises durch den Erfüllungseid. Dasselbe gilt von dem größten Theile der gepfändeten Fahrniß, in so fern die vom Kläger behauptete Identität der Fahrniß, die er von der M ererbt hat, mit der gepfändeten nicht als vollständig durch das producirte Verlassenschaftsinventar und die Aussagen der Zeugen wegen der zu mangelhaften Beschreibung im Pfändungsprotokolle bewiesen angesehen werden kann. Was aber die Kalesche, Fässer, Häckerlingsbank und Brunnenhaken anbelangt, so ist einerseits durch die auf Antrag des Klägers verhörten Zeugen C und D (Bruder des Klägers) festgestellt, daß diese Sachen nicht Bestandtheile des M'schen Nachlaßinventars sind, und andererseits die Thatsache der späteren Eigenthumserwerbung des Klägers bei der Verwerflichkeit der genannten Zeugen (§. 216 westg. G. O.) nicht bewiesen worden; es mußte daher in dieser Richtung das Klagebegehren wegen des fehlenden, auch nicht zur Hälfte erbrachten Beweises sofort verworfen werden. — Auf die nur gegen die Abweisung in Betreff der letzterwähnten Sachen gerichtete Appellation des Klägers hat das O. L. G. entschieden: Die Beklagte sei schuldig anzuerkennen, daß die Kalesche, Fässer und Häckerlingsbank zur Zeit der Pfändung im Besitz des Klägers und nicht des Executen waren. Dieses Urtheil wurde auf die Erwägung gegründet, daß nach §. 1 des Hofdcr. vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, die Mobilienexecution an den Vermögensstücken zu vollziehen ist, die zur Zeit im Besitze des Schuldners angetroffen werden; daß der Dritte schon als Besitzer der für einen Andern gepfändeten Mobilien ohne Nachweisung des Eigenthumes die Ungiltigerklärung der Pfändung zu begehren berechtigt ist, weil er die rechtliche Vermuthung eines giltigen Titels seines Besitzes für sich hat und der Besitz durch die Execution ihm nicht entzogen werden darf; daß Alles, was in einem Hause sich befindet, als Besitz des darin wohnenden Hauseigenthümers mit Ausnahme jener Sachen anzusehen ist, welche in Räumen sind, wovon der Eigenthümer sein freies Verfügungsrecht einem Andern überlassen oder mit ihm getheilt hat, oder von denen sonst bewiesen ist, daß ihr Besitz dem Eigenthümer nicht zusteht; daß der Kläger unbeschränkter Eigenthümer des Hauses und der Scheune ist, worin die Pfändung vollzogen wurde; daß der Execut C nicht Miethsmann des Klägers ist, in dessen Haus keine separate Wohnung hat und daß seine Schlafstätte die gemeinsame Wohnstube ist, in der nichts gepfändet wurde; daß selbst, wenn C über das ganze Hauswesen geschaltet und gewaltet hätte, dennoch anzunehmen ist, daß er desfalls nicht im eigenen Namen, sondern nur als gesetzlicher Vertreter des Klägers während der Minderjährigkeit desselben und nach seiner im Februar 1870 eingetretenen Großjährigkeit, als Geschäftsführer mit

stillschweigender Genehmigung des Klägers gehandelt hat, dessen Eigenthums- und Besitzrechte dadurch sich nicht ändern konnten; daß somit der Kläger als Besitzer der in Rede stehenden Pfandsachen, also auch der Kalesche, Fässer und Häckerlingsbank anzusehen ist, welche Gegenstände übrigens auch nach der Natur der Sache und den Aussagen von C und D zum fundus instructus des Anwesens und der dem Kläger gehörigen Gärberei zu zählen sind und gezählt wurden; daß der Kläger in der Appellationsbeschwerde den Anspruch auf diese Sachen ausschließlich mit seinem Besitz begründet hat, mithin die Eigenthumsfrage nicht mehr zu erörtern war; daß hingegen bezüglich des Brunnenhakens durch die Aussagen der Zeugen des Klägers, die er auch gegen sich gelten lassen muß, nach §§. 219 und 216 westg. G. O. der Besitz des D, als Finder desselben, erwiesen ist, mithin desfalls nur diesem, nicht dem A das Klagerecht zusteht.

Der oberste Gerichshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. In den Motiven wird auf die vollständig gebilligte Begründung des O. L. G. Bezug genommen und insbesondere hervorgehoben, daß im Sinne des Hofdcr. vom 29. Mai 1845, Nr. 889, die Ungiltigerklärung der Execution von dem Dritten auch auf der Basis des bloßen Besitzes der Pfandsachen begehrt werden darf und daß zudem der Besitz des Executen an den fraglichen Gegenständen (Kalesche u. s. w.) bei der Vornahme der Pfändung nicht ersichtlich gewesen ist.

---

## Nr. 4216.

### Unzuläßigkeit der Intabulation von bei der Meistgebotsvertheilung nicht angemeldeten Gebührenrückständen wider den Ersteher einer Liegenschaft.

Entsch. v. 30. Juni 1871, Nr. 8267 (Best. des das Decr. des B. G. Karolinenthal v. 6. Oct. 1870, Nr. 22534, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 13. März 1871, Nr. 8484). G. Z. 1871, Nr. 84.

Nachdem B von dem den Eheleuten C und D gehörigen Gute X die im Executionswege feilgebotene Hälfte des C erstanden, die Intabulation seines Eigenthums, die grundbücherliche Durchführung der rechtskräftigen Meistgebotsvertheilung und insbesondere, nach vorgängiger Bescheinigung der Zahlung der auf den Kaufschilling gewiesenen Steuerrückstände, die Löschung derselben bewirkt hatte, begehrte die Finanzprocuratur für andere noch auf dem Gute haftende Steuerrückstände per 40 fl. die executive Intabulation des Pfandrechtes, welche in erster Instanz bewilligt, von dem O. L. G. aber in Betreff der von B erworbenen Gutshälfte auf dessen Recurs verweigert wurde. — Dagegen recurrirte die Finanzprocuratur, indem sie sich auf die Hofdecrete vom 16. September 1825, J. G. S. Nr. 2132

und vom 14. Februar 1840, J. G. S. Nr. 409, berief (gesetzliches Pfandrecht an der steuerpflichtigen Realität) und anführte, daß für den fraglichen Steuerrückstand, welcher auf der ganzen Realität X haftet, das gesetzliche Pfandrecht gegen jeden Besitzer derselben, somit auch gegen B, geltend gemacht werden könne.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz. Gründe: Nach dem Ausweise, welcher dem Executionsgesuche der Finanzprocuratur beiliegt, rühren die Steuerrückstände per 40 fl. noch von den Vorbesitzern des Gutes C und D her und reichen bis zum Tage der Feilbietung; sie sind also offenbar ältere Rückstände. Es wäre daher Sache des Steueramtes gewesen, dieselben zur Meistgebotsvertheilung anzumelden, wie es mit den anderen (darauf angewiesenen) Steuerrückständen in der That geschehen ist. Hat aber das Steueramt die Anmeldung der Rückstände unterlassen, so kann dies dem Meistbieter und nunmehrigen Eigenthümer der Gutshälfte B nicht nachtheilig sein, weil derselbe, als Ersteher, nur mit dem Meistgebote haftet und, ohne die Rechte des Meistbieters zu verletzen, das bei der Vertheilung nicht geltend gemachte gesetzliche Pfandrecht des Aerars nachträglich nicht mehr geltend gemacht werden kann. Dafür spricht selbst das von der Recurrentin cit. Hofdcr. vom 14. Februar 1840, Nr. 409.

---

## Nr. 4217.

### Unzulässigkeit der Erwerbung des executiven Pfandrechtes an einer mit dem Substitutionsbande behafteten Liegenschaft.

Entsch. v. 4. Juli 1871, Nr. 7946 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Pettau v. 25. Juli 1870, Nr. 7407 und des O. L. G. Graz v. 26. April 1871, Nr. 4142). G. H. 1871, S. 274.

Von beiden Untergerichten wurde dem A gegen seine Schuldnerin B das executive Pfandrecht an einer Liegenschaft bewilligt, obgleich in dem Grundbuche die Beschränkung des Eigenthumes der B durch das Veräußerungs- und Einschuldungsverbot und durch die fideicommissarische Substitution ihrer Tochter C eingetragen war.

In Erwägung, daß die B nach Inhalt des obige Beschränkungen ausweisenden Grundbuchsextractes im Sinne des §. 613 a. b. G. B. keineswegs das unbedingte grundbücherliche Eigenthum der Liegenschaft erworben hat; daß der Eintrag des Substitutionsbandes für die C dem Gläubiger A bereits vor dem Anbringen des Executionsgesuches ersichtlich und von ihm kein Anstand dagegen erhoben worden war; daß also, ohne offenbare Gefährdung des grundbücherlichen Substitutionsrechtes der C, die Execution auf die Substanz der Sache nicht bewilligt werden konnte, — hat der oberste Gerichtshof das Executionsgesuch des A zurückgewiesen.

---

## Nr. 4218.

### Stillschweigend vereinbarte eheliche Gütergemeinschaft?

**Entsch. v. 6. Juli 1871, Nr. 1326 (Best. des Urth. des B. G. Sittich vom 1. Sept. 1869, Nr. 2628, Abänd. des Urth. des O. L. G. Graz v. 17. Mai 1870, Nr. 5893). G. H. 1871, S. 310.**

Anna M starb ohne letztwillige Anordnung; ihr Ehemann Anton M und ihre Verwandten erklärten sich als ihre Erben. In der von Anton M mit dem Handzeichen unterfertigten Todesfallsaufnahme erklärte derselbe, daß von ihm ein Häuschen in X, von seiner Gattin Krämerwaaren in die Ehe eingebracht wurden, daß er das Vermögen, welches er besitzt, gemeinschaftlich mit der Gattin erworben und daß Beide auch stets das Real- wie das Mobilarvermögen als gemeinschaftliches Gut betrachtet haben. Dieser Erklärung gemäß wurde in dem von Anton M unterfertigten Verlassenschaftsinventar der Beisatz gemacht, daß die inventarisirten Sachen ein Gemeingut der Eheleute M sind. Nach dem bald darauf erfolgten Tode des Anton M wurde zwischen den Verwandten der Anna M als Erben von drei Vierteln ihres Nachlasses und dem Testamentserben des Anton M als mittelbaren Erben von einem Viertel der Verlassenschaft der Anna M die Frage streitig, ob zwischen den Eheleuten M eine Gütergemeinschaft bestanden habe. Der Testamentserbe des Anton M, welcher das Vorhandensein der Gütergemeinschaft bestritt, wurde angewiesen, gegen die Erben der Anna M als Kläger aufzutreten und stellte gegen sie die Klage an mit dem Begehren, zu erkennen, daß zwischen Anton und Anna M eine Gütergemeinschaft nicht bestanden habe und daß aus dem Inventar des Nachlasses der Letzteren die in einer besonderen Klage als Eigenthum des Ersteren auszuweisenden Sachen auszuscheiden seien. — Das in erster Instanz zugelassene Klagebegehren wurde von dem O. L. G. aus folgenden Gründen abgewiesen: Die Todesfallsaufnahme nach Anna M und das Inventar, nach Form und Inhalt der Vorschrift der §§. 39, 40, 93 und 95 des Gesetzes v. 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, vollkommen entsprechend, sind öffentliche, in Ansehung der Auskünfte über die Vermögensverhältnisse der Verstorbenen vollbeweisende Urkunden (§§. 111 und 112 a. G. O.), deren Beweiskraft nur durch haltbare Gegenbeweise aufgehoben wird, die hier nicht vorgebracht worden sind. Das in der Todesfallsaufnahme von Anton M angegebene Vermögensverhältniß zwischen ihm und seiner Gattin involvirt aber ein Rechtsverhältniß, welches sich nach den §§. 825, 1175 und 1181 a. b. G. B. als das Verhältniß einer Gütergemeinschaft darstellt, von dem wohl mit Grund vorausgesetzt werden muß, daß es durch die ausdrücklich oder stillschweigend nach §. 863 a. b. G. B. erklärte Willenseinigung beider Eheleute, also durch Vertrag zu Stande gekommen sein konnte. Da nun Anton M das Bestehen dieser Gütergemeinschaft auch bei der Aufnahme des In-

ventars bestätigt und die anderen Erben der Anna M dieses Vermögensverhältniß als vorhanden angenommen haben und kein Gesetz der Giltigkeit einer solchen Gütergemeinschaft entgegensteht, so konnte dieselbe der Abhandlung des Nachlasses der Anna M mit vollem Rechte zu Grunde gelegt werden, zumal die Gütergemeinschaft zwischen Ehegatten nicht gerade die im §. 1234 a. b. G. B. normirte sein muß. Zudem ist der Kläger gesetzlich gar nicht berechtigt, die Erklärungen des Anton M zu bestreiten, da er als dessen Universalerbe ihn nach §. 547 ibid. vorstellt und mit ihm für Eine Person gehalten werden muß.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil. Gründe: Wollte man auch die Erklärung des Anton M bei der Todesfallsaufnahme nach Anna M und die in dem Nachlaßinventar beigesetzte Bemerkung als einen genügenden Beweis dafür betrachten, daß Anton M damit das Bestehen einer Gütergemeinschaft mit seiner Ehefrau anerkannt habe, so darf dabei nicht übersehen werden, daß er selbst als den Grund dieser Anerkennung die Thatsache des gemeinschaftlichen Erwerbes des Vermögens bezeichnet hat. Ein solcher Erwerb mag nun zwar ein vermögensrechtliches Verhältniß zwischen den Ehegatten begründet haben, er begründete aber für sich allein noch keine Gütergemeinschaft, zu deren Entstehen nach §. 1233 a. b. G. B. ein besonderer Vertrag nothwendig ist. Eine Erklärung des Anton M, daß von ihm mit seiner Gattin eine Gütergemeinschaft verabredet wurde, liegt jedoch nicht vor und ebensowenig haben die Beklagten Umstände angeführt, welche auf das Vorhandensein eines solchen Vertrages einen sicheren Schluß gestatten. Da mithin die Thatsache, welche den Anton M bestimmte, das Dasein einer Gütergemeinschaft anzuerkennen, dieselbe nicht zu begründen vermochte, so war er selbst, wie jetzt der Kläger als sein Nachfolger (§§. 531, 532, 547 a. b. G. B.), berechtigt, den rechtlichen Bestand der Gütergemeinschaft zu bestreiten.

---

## Nr. 4219.

### Actio negatoria: Beweislast. — Mündliche Verabredungen neben einem schriftlichen Vertrage.

**Entsch. v. 6. Juli 1871, Nr. 4587 (Best. des das Urth. des B. G. Urfahr v. 13. Juli 1870, Nr. 3551, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 18. Jänner 1871, Nr. 22300). G. Z. 1872, Nr. 4.**

Unter Vorlage des Grundbuchsextractes, woraus hervorgeht, daß der Hof des A mit keiner Servitut belastet ist, belangte derselbe den B mit der negatorischen Servitutsklage wegen unrechtmäßigen Bezugs der Streu aus den Waldgründen des Hofes. Dagegen vertheidigte sich B 1. mit Berufung auf den §. 523 a. b. G. B., wornach nicht

er das Servitutsrecht, sondern der Kläger die Freiheit seines Eigenthums zu beweisen habe, und 2. mit der unter Anbietung des Zeugenbeweises und Erfüllungseides vorgebrachten Behauptung, daß einige Tage vor Errichtung des schriftlichen Vertrages vom 15. Mai 1861, mit welchem A den Hof von B käuflich an sich brachte, der Kaufvertrag bereits mündlich abgeschlossen, dabei das Uebereinkommen getroffen worden sei, daß dem B der Streubezug aus den Waldparcellen zustehe und daß die Errichtung der Kaufsurkunde nur zum Zwecke der grundbücherlichen Durchführung des Vertrages stattgefunden habe, in derselben jedoch auf ausdrückliches Verlangen des A von dem Streubezugsrecht, welches A auch noch bei diesem Anlasse dem B eingeräumt habe, keine Erwähnung geschehen sei. Subsidiarisch trug B zum Beweise der erwähnten Umstände dem A den rückschiebbaren Haupteid auf. — Das Ergebniß des durchgeführten Zeugenbeweises lieferte nach der Ansicht des Gerichtes erster Instanz nicht die halbe Probe der Anführungen des Beklagten, zu deren Beweis nun dasselbe den subsidiarisch aufgetragenen Haupteid zuließ; wogegen das O. L. G. dem Klagebegehren unbedingt stattgab.

Das letztere Urtheil wurde vom obersten Gerichtshofe aus den nachstehenden, die beiden Einwendungen des B widerlegenden Gründen bestätigt. Ad 1. Der Kläger hat mit dem Grundbuchsauszuge die Nichtbelastung seines Hofes mit einer im Grundbuche ersichtlichen Servitut, durch das vorgängig in possessorio summariissimo zu Gunsten des B gefällte Erkenntniß und durch das Geständniß des Letzteren dessen Inanspruchnahme des Streubezugs bewiesen und hiermit den Beweis alles dessen geliefert, was ihm nach §. 523 a. b. G. B. zu beweisen oblag, weil die darin dem negatorischen Kläger auferlegte Pflicht des Beweises der Anmaßung der Servitut nur den Sinn hat, daß er die Störung seines Eigenthums durch die vom Beklagten angesprochene Servitut, nicht aber auch beweisen muß, daß dem Letzteren die Servitut rechtlich nicht zusteht, und daß vielmehr der Beklagte sein Recht beweisen muß. Dieser Auffassung steht der §. 323 a. b. G. B., auf welchen sich B auf Grund des Erkenntnisses im Besitzstörungsstreite beruft, deshalb nicht entgegen, weil B, mit der der Eigenthumsklage analogen negatorischen Servitutsklage belangt, auf seinen Besitz allein sich nicht mehr berufen kann, sondern dessen Titel nachweisen muß. Ad 2. Der Beklagte selbst hat nicht behauptet, daß die Errichtung des schriftlichen Vertrages ausdrücklich nur zum Zwecke der grundbücherlichen Durchführung desselben von den Paciscenten verabredet worden sei, weshalb der §. 884 a. b. G. B. Anwendung findet, wornach im Falle, wenn die Parteien sich ausdrücklich zu einem schriftlichen Vertrage verabredet haben, derselbe vor der Unterschrift der Parteien nicht als geschlossen angesehen wird. Der Beklagte hat aber — hievon ganz abgesehen — durch die Zeugen auch nicht den Abschluß des mündlichen Vertrages wegen des Streubezugs bewiesen.

Denn der Zeuge X, hierüber vernommen, gab an, daß er am 30. April 1861 nur über die Hauptpunkte des Kaufvertrages einen Aufsatz verfaßt habe, welcher vom Beklagten, allein nicht vom Kläger unterschrieben wurde, daß aber verabredet ward, den schriftlichen Vertrag am 15. Mai 1861 notariell zu errichten und daß bei dieser Gelegenheit nicht bestimmt wurde, daß dem Beklagten ein Streubezug eingeräumt werde, was der Zeuge, wenn es geschehen wäre, in dem Aufsatze (worin sich davon eben nichts finde) aufgenommen haben würde. Mit Rücksicht auf diese Zeugenaussage erscheint der über das gleiche Factum aufgetragene Haupteid nicht mehr zuläßig. Auch die andere Anführung des Beklagten, daß selbst bei der Errichtung des schriftlichen Vertrages gleichfalls das Uebereinkommen auf Einräumung des Streubezuges an ihn getroffen worden sei, wurde nicht bewiesen, indem der eine Zeuge X das Gegentheil davon bestätigt hat, weil nach seiner Aussage der Kläger den Streubezug nur gegen Uebernahme der Waldaufsicht, wozu sich aber der Beklagte nicht herbeiließ, demselben gestatten wollte, und diese Aussage durch jene des zweiten Zeugen Y unterstützt ist, welcher anführte, daß, soweit ihm bekannt, der Kläger den Streubezug dem Beklagten nur auf jedesmaliges Ansuchen und gegen dessen Uebernahme der Waldaufsicht bewilligen wollte. Auch diese Zeugenaussagen schließen die Zuläßigkeit des über den nämlichen Umstand noch aufgetragenen Haupteides aus.

---

## Nr. 4220.

### Unstatthaftigkeit der Aufforderungsklage gegen den Besitzer eines Rechts. — Ersitzung der servitus luminum.

**Entsch. v. 6. Juli 1871, Nr. 5031 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Eger v. 4. Oct. 1870, Nr. 9523 und des O. L. G. Prag v. 14. Februar 1871, Nr. 3434). G. Z. 1872, Nr. 5.**

Eine Bauführung, welche an dem Hause A von dessen Besitzer beabsichtigt war, allein dem Widerspruche des Besitzers des Nachbarhauses B begegnete, bestimmte den Ersteren im Jahre 1870 zur Klage ex lege diffamari, worin er den Letzteren aufforderte, das Recht, „daß ihm der Besitzer von A Licht und Luft des Hauses B an der dem Hause A zugekehrten Seite nicht verbauen dürfe", bei sonstiger Auflage des ewigen Schweigens auszuführen. Der Aufgeforderte beantwortete die Klage damit, daß dieselbe unzuläßig sei, weil er das ersessene Recht, durch die an jener Seite in seinem Hause angebrachten Fenster Licht und Luft zu erhalten, welches durch den gegnerischen Bau eben verkürzt würde, für sich habe und daher zu dessen Ausführung nicht aufgefordert werden dürfe. Das Bestehen der besagten Fenster im Hause B seit mehr als 30 Jahren wurde durch Augenschein und

Sachbefund festgestellt und darauf hin von beiden Untergerichten, der Vertheidigung des Beklagten gemäß, die Unstatthaftigkeit der Aufforderungsklage ausgesprochen. — Dagegen ergriff der Kläger die a. o. Revisionsbeschwerde, worin er anführte: es sei ganz unentscheidend, daß das Haus B bereits seit mehr als 30 Jahren in dem heutigen Zustande sich befindet, weil daraus nicht der Besitz des Rechtes, ihm das Verbauen von Licht und Luft zu verbieten, folge, indem jeder Eigenthümer berechtigt sei, von seinem Eigenthume den ihm beliebigen Gebrauch zu machen, und eine Beschränkung dieses Rechtes bewiesen werden müsse.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die untergerichtlichen Urtheile. Gründe: Der Beklagte hat durch den gerichtlichen Augenschein und Kunstbefund bewiesen, daß das Haus B schon 1794 gebaut wurde und dessen Construction der Art ist, daß die vorhandenen, gegen das Haus A gekehrten Fenster schon beim Baue des Hauses angebracht wurden; daß die Localien nur durch diese Fenster Licht und Luft erhalten und daß die Fenster nach der Seite des Hauses A aufgehen. Es ist ferner nicht in Abrede gestellt, daß der Eigenthümer von B den Bestand der besagten Fenster seit 75 Jahren unangefochten genieße und folglich den fremden Luftraum dadurch benutzte, daß er die Fenster nach Außen auf den Hof des klägerischen Hauses öffnete, Licht und Luft in seine Localitäten einließ. Durch diese Gestattung von Seite des Klägers, welcher das Haus A schon seit 1835 besitzt, hat der Eigenthümer des Hauses B den Besitz des erwähnten Rechtes im Sinne der §§. 312 und 313 a. b. G. B. erworben und das Recht selbst durch ungestörte und ununterbrochene Fortsetzung dieses Besitzes in einem Zeitraume von mehr als 30 Jahren ersessen. In Folge dessen ist die Aufforderungsklage nach §. 323 a. b. G. B. und Hofdcr. vom 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 621 lit. c. c. unstatthaft.

---

## Nr. 4221.

### Zeit und Form für das Begehren um Vertretungsleistung.

**Entsch. v. 6. Juli 1871, Nr. 5216 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Mank v. 5. Oct. 1870, Nr. 2599 und des O. L. G. Wien vom 9. Februar 1871, Nr. 1619). G. Z. 1871, Nr. 76.**

Auf die Hypothekarklage des C gegen A war die Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung auf den 24. August 1869 angeordnet und von A noch rechtzeitig vor diesem Termine der B, welche die mit der Hypothek belastete Liegenschaft ihm verkauft und zur Bewirkung der Löschung der Pfandlast sich verpflichtet hatte, der Streit brieflich verkündet worden. Die B kam nicht zur Tagfahrt, welche sohin auf den 19. September 1869 verlegt wurde. A verkündigte durch ein bei Gericht angebrachtes Gesuch vom 4. September nochmals der B den

Streit, indem er sie unter Androhung des Regresses aufforderte, demselben beizutreten, und da sie dies ablehnte, trat A gegen sie mit der Klage vom 2. Juni 1870 auf, worin er um das Erkenntniß bat, daß die B schuldig sei, ihm in dem von A eingeleiteten Processe die Vertretung zu leisten. — Beide Untergerichte erkannten gegen das Klagebegehren.

Der Kläger ergriff die außerordentliche Revisionsbeschwerde, welche von dem obersten Gerichtshofe in der Erwägung verworfen wurde, daß das Recht, von einem Dritten die Vertretung in einem Processe zu begehren, in der im §. 58 a. G. O. bestimmten Frist und Form geltend gemacht werden muß, dieser Vorschrift aber, welche bei ihrer Allgemeinheit auch auf den Fall der mündlichen Verhandlung des Hauptprocesses Anwendung hat, von dem Kläger A durch die briefliche Verkündigung des Streites an die B nicht entsprochen wurde; daß auch seine spätere, mit Gesuch vom 4. September gerichtlich erfolgte Streitverkündigung im Sinne des §. 58 a. G. O. unzulänglich war, weil dieselbe mit Rücksicht auf den für den Hauptproceß festgesetzten Verhandlungstermin vom 24. August verspätet war und weil das Begehren um Leistung der Vertretung, da ein Streit darüber zuläßig ist (§. 60 a. G. O.) und demjenigen, gegen welchen das Begehren gestellt wird, der Weg, um seine Einwendungen vorzubringen, nicht abgeschnitten werden darf, in der Form einer Klage zu stellen ist; daß der Beklagten B, welche die Verbindlichkeit zur Vertretung bestritten, allein speciell die Einwendung des nicht rechtzeitigen Anbringens der Streitverkündigung nicht vorgeschützt hat, diese Unterlassung nicht zum Nachtheil gereichen kann, weil dem Kläger oblag, das Vorhandensein der Bedingungen darzuthun, unter welchen ihm das Recht, welches er in Anspruch nimmt, von dem Gesetze eingeräumt wird.

---

## Nr. 4222.

### Haupteid über eigene Handlungen des im Namen eines Anderen Proceßführenden: Empfang des Heiratsgutes seitens der verstorbenen Mutter der im Proceß durch ihren Vater vertretenen Kinder.

**Entsch. v. 11. Juli 1871, Nr. 3163 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 28. Juni 1870, Nr. 26146 und des O. L. G. Wien v. 28. Dec. 1870, Nr. 21913). G. Z. 1872, Nr. 25.**

A belangte als gesetzlicher Vertreter seines Sohnes die Testamentserben des M, mütterlichen Großvaters desselben, auf Zahlung des Pflichttheiles ohne die von M in dem Testamente verordnete Anrechnung des von der Mutter des Pflichttheilsberechtigten angeblich

empfangenen Heiratsgutes, dessen Hingabe der Kläger leugnete. Die beklagten Erben bestanden darauf, daß das Heiratsgut und zwar in Mobilien im Werthe von 3000 fl. ausgefolgt wurde, daher anzurechnen sei, und erboten sich, die Thatsache des Empfanges der Mobilien durch den dem A deferirten Haupteid und den Werth per 3000 fl. mit ihrem Schätzungseide zu beweisen. Der Kläger A bestritt mit Berufung auf den §. 207 a. G. O. die Zulässigkeit des ihm aufgetragenen Haupteides. Beide Untergerichte erkannten auf den Haupt- und den Schätzungseid.

Ebenso der oberste Gerichtshof mit folgender Motivirung der Zulässigkeit der Delation des Haupteides an den Kläger A: In der vom Kläger eidlich zu widersprechenden Thatsache, daß seine Gattin aus Anlaß ihrer Verehelichung die fraglichen Mobilien in seinen Haushalt eingebracht habe, liegt auch die Thatsache der von seiner Seite erfolgten Uebernahme in seinen Haushalt. Deshalb erscheint die Anordnung des §. 207 a. G. O., daß einem Curator nur über seine eigenen Handlungen der Haupteid aufgetragen werden kann, durch die Zulassung des dem A aufgetragenen Haupteides um so weniger verletzt, als gerade er selbst die Person ist, welche nach der Bestimmung des Heiratsgutes an dessen Empfang das unmittelbarste Interesse hatte und darüber eine maßgebende Erklärung abzugeben berufen ist.

---

## Nr. 4223.

## Cautia actoria: Hemmung des Processes bis zur Bestellung derselben.

**Entsch. v. 11. Juli 1871, Nr. 8609 (Best. des Decr. des H. G. Prag vom 13. Februar 1871, Nr. 82181, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 3. April 1871, Nr. 11274). G. H. 1872, S. 263.**

Das Gericht erster Instanz hatte dem Kläger die actorische Caution mit dem Beisatze aufgetragen, daß der Beklagte von der Erstattung der Einrede so lang entbunden bleibe, bis der Kläger die Cautionssumme erlegt haben wird. Dieser Beisatz wurde von dem O. L. G. mit der Motivirung beseitigt, daß durch Zwischenstreitigkeiten der Hauptproceß nicht gehemmt und ein (vom Kläger) angesprochener Rechtsschutz nicht versagt werden darf, und daß jener Beisatz auch nicht im §. 408 a. G. O. Rechtfertigung findet.

Der oberste Gerichtshof restituirte den erstgerichtlichen Beisatz. Gründe: Der im §. 408 a. G. O. vorausgesetzte Fall, daß nämlich der Beklagte eine größere, als die vom Kläger schon gegebene Sicherheit begehrt, in welchem Falle die Hauptsache allerdings durch den Nebenstreit nicht gehemmt werden soll, — tritt hier nicht ein, wo es sich erst darum handelt, ob überhaupt eine actorische Caution

geleistet werde, bei deren Abgang die Klage nach §. 406 a. G. O. gar nicht anzunehmen ist, daher der Beklagte, wenn sie dennoch angenommen wurde, nicht angehalten werden kann, die Einrede zu erstatten, wenn der Zweck der Klagecaution: Deckung der Kosten seiner Vertheidigung, nicht vereitelt werden soll.

---

## Nr. 4224.

### Vollstreckbarkeit des im (alten) Ausgleichsverfahren geschlossenen Ausgleiches.

**Entsch. v. 12. Juli 1871, Nr. 8404 (Best. des das Decr. des K. G. Reichenberg v. 28. März 1871, Nr. 2555, abänd. Decr. des O. L. G. Prag vom 25. April 1871, Nr. 13581). G. H. 1871, S. 258.**

Das Mobilienpfändungsgesuch des Gläubigers A gegen B war darauf gegründet, daß B die zweite Rate der Geldsumme, die er in seinem — unter der Herrschaft des Gesetzes vom 17. December 1862, R. G. Bl. Nr. 97 — durch gerichtliches Uebereinkommen geschlossenen Ausgleichsverfahren seinen Gläubigern versprochen hatte, dem A schuldig geblieben ist. — In erster Instanz wurde das Gesuch abgewiesen. — Das O. L. G. bewilligte dasselbe. Dagegen recurrirte B, indem er die Ansicht des O. L. G., daß auf das im Ausgleichsverfahren zu Stande gekommene und hinausgegebene Uebereinkommen die Execution ertheilt werden könne, mit Berufung auf den §. 34 des citirten Gesetzes anfocht. In dem Wortlaute und dem Sinne dieses Gesetzes sei die Zulässigkeit einer Singularexecution so wenig begründet, als im Concurse. Die Unrichtigkeit der oberrichterlichen Ansicht ergebe sich daraus, daß, wenn ein einzelner Gläubiger abgesonderte Execution führen wollte, die anderen Ausgleichsgläubiger um das zu ihrer Befriedigung bestimmte Vermögen kommen würden. Wollte aber der Executionsführer auf das nicht in die Ausgleichsmasse fallende Vermögen greifen, so war es seine Sache, dasselbe so zu bezeichnen, daß nicht auch das Ausgleichsvermögen von der Execution berührt werden kann.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs in der Erwägung, daß dem im Ausgleichsverfahren zu Stande geschlossenen, gerichtlich bestätigten Uebereinkommen nach §. 33 des Gesetzes vom 17. December 1862, Nr. 97, die Wirkung eines gerichtlichen Vergleiches zukommt, welche darin besteht, daß darauf die Execution ertheilt werden kann (§. 298 a. G. O.) und daß die Bestimmung des §. 37 ibid., die den Gläubiger berechtigt, die Eröffnung des Concurses zu begehren, nicht in dem Sinne verstanden werden darf, daß ihm nur dieses Recht, nicht auch das Recht der Singularexecution zustehe.

---

## Nr. 4225.

## Sequestration einer streitigen Sache neben der Sequestration behufs Executionsführung auf die Früchte.

**Entsch. v. 12. Juli 1871, Nr. 8449 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Czernowitz v. 27. Februar 1871, Nr. 26251 und des O. L. G. Lemberg v. 25. April 1871, Nr. 10082). G. H. 1871, S. 382.**

In der Rechtssache des A gegen B pcto. Eigenthums an einer von B besessenen Liegenschaft, welche bereits auf executives Einschreiten des C zur Hereinbringung seiner Forderung an B nach §. 422 westg. G. O. (Executionsführung auf die Früchte) sequestrirt und unter die Verwaltung des Sequesters D gestellt worden war, wurde von beiden Untergerichten dem A im Sinne des §. 388 westg. G. O. die Sequestration der Substanz derselben Liegenschaft bewilligt und E als Sequester für die Substanz und nach dem Aufhören der executiven Sequestration auch für die Früchte ernannt. Gründe: Der in dem Eigenthumsprocesse belangte B brachte für die zweite Sequestration den für die erste bestellten Sequester D in Antrag, weil die Bestellung von zwei Sequestern für dieselbe Sache nach dem Hofdcr. v. 6. Mai 1814, J. G. S. Nr. 1085, unzulässig sei. Allein dieses Gesetz handelt nur von der Sequestration der Früchte und normirt blos den Fall der Collision mehrerer Executionsführer, welche die Sequestration der Früchte derselben Sache begehren. Hier aber handelt es sich nicht um eine Sequestration der Früchte für einen Gläubiger gegen den Schuldner, sondern um die Sequestration der streitigen Sache selbst im Sinne des §. 388 westg. G. O., bei welcher die Substanz der Sache in erster Linie hervortritt. Da bei der Sequestration der Früchte allein die Sorge für die Substanz dem Eigenthümer überlassen werden kann, der allein das Interesse hat, daß bei der Einhebung der Nutzungen die Sache selbst nicht leide, und dem in dieser Beziehung der Sequester verantwortlich ist, genügt es, alle sequestrirenden Gläubiger des Eigenthümers an einen und denselben Sequester anzuweisen. Anders verhält es sich aber bei der durch die Streitigkeit des Eigenthums der Sache veranlaßten Sequestration derselben; in diesem Falle steht der für die Einhebung der Früchte bestellte Sequester in keinem directen Verhältnisse zu dem Eigenthumskläger und dem Letzteren ist die Möglichkeit, auf die Verwaltung der vindicirten Sache einen Einfluß zu nehmen, nicht eröffnet, und in dieser Beziehung soll eben die Sequestration nach §. 388 westg. G. O. Abhilfe schaffen. Es ist daher die Bestellung eines Sequesters für die Substanz der Sache neben dem für die Nutzungen bestellten durch das citirte Hofdecret nicht ausgeschlossen, vielmehr im Sinne des §. 388 sogar geboten, weil Derjenige, welcher auf die Substanz der Sache einen Anspruch erhebt, gegen die im §. 388 bezeichneten Gefahren durch die Aufstellung des Sequesters für die Früchte keineswegs geschützt wird.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die untergerichtlichen Verordnungen mit Bezugnahme auf die vorstehende Motivirung.

---

## Nr. 4226.

### Execution auf die Taggelder von Mitgliedern der Grundsteuerregulirungs-Commission.

**Entsch. v. 12. Juli 1871, Nr. 8556 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Prag v. 9. Februar 1871, Nr. 7969 und des O. L. G. Prag vom 3. April 1871, Nr. 11269). G. Z. 1871, Nr. 63.**

Der erstgerichtliche Bescheid, mit welchem das Gesuch der A um executive Einantwortung der Hälfte der Taggelder ihres Schuldners B, Referent bei der k. k. Grundsteuerregulirungs-Commission zu X, bewilligt ward, wurde von dem O. L. G. in der Erwägung bestätigt, daß nach dem Patente vom 25. October 1798, J. G. S. Nr. 436, nur die Besoldungen der öffentlichen Staatsbeamten und der ihnen mit den Hofdecreten vom 3. April 1838, Nr. 262, vom 6. April 1805, vom 8. Februar 1828, Nr. 2328, vom 3. Juli 1801, Nr. 532, und vom 9. Februar 1841, J. G. S. Nr. 505, gleichgestellten Functionäre, vom Verbote und der Execution befreit erscheinen, diese Ausnahmen streng auszulegen sind, dagegen die Taggelder oder Diäten der mit Taggeldern Verwendeten nach dem Hofdcr. vom 22. August 1835, J. G. S. Nr. 80, ausnahmslos dem Verbote und der Executionsführung unterliegen; daß B zwar von dem Finanzministerium zum Referenten für das ökonomische Schätzungsgeschäft und zugleich zum stimmberechtigten Mitgliede bei der betreffenden Bezirksschätzungscommission mit einem Taggelde von drei Gulden auf die Dauer dieses Geschäftes ernannt wurde und daß die Mitglieder dieser Commission ihre Taggelder aus dem Staatsschatze beziehen, allein nach den Bestimmungen der §§. 7, 8, 9, 10 des Gesetzes vom 24. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 88, keine öffentlichen Staatsbeamten, sondern die Functionäre der Bezirkscommission nach §. 10 ibid. nur Regierungsorgane sind, deren Beeidigung nicht angeordnet erscheint, daher ihre Taggelder nicht unter die Ausnahme des Patentes vom 25. October 1798, J. G. S. Nr. 436, fallen können.

Den Revisionsrecurs des B hat der oberste Gerichtshof mit Hinweisung auf die oberlandesgerichtlichen Gründe und auf den im §. 13 des Gesetzes v. 24. Mai 1869, Nr. 88, gemachten Unterschied zwischen Staatsbeamten und sonstigen Commissionsgliedern verworfen.

---

## Nr. 4227.

### Werkvertrag: rechtliche Folgen der Nichtentrichtung des versprochenen Theilbetrages des Lohnes vor Vollendung des Werkes.

**Entsch. v. 13. Juli 1871, Nr. 13428 (Abänd. der Urth. des B. G. Wodnian v. 26. Juni 1870, Nr. 4101, und des O. L. G. Prag v. 29. August 1870, Nr. 30135). G. H. 1871, S. 390.**

Nach der Anführung des Klägers A, welcher durch Vertrag für den Beklagten B den Bau eines Hauses übernommen hat, hätte B

sich verpflichtet, ihm auf sein jedesmaliges Verlangen den nothwendigen Betrag auszuzahlen (Beweis durch den Haupteid), wäre aber dieser Verbindlichkeit nicht nachgekommen. Die von A ausgeführten Maurer- und Zimmermannsarbeiten werden von ihm auf 304 fl. veranschlagt und er fordert nun mittelst Klage von dem B den nach Abzug des geleisteten Vorschusses von 182 fl. verbleibenden Rest von 122 fl. und bemerkt, daß er nicht beabsichtige, den Bau des Hauses zu vollenden, weil B die eingegangene Verpflichtung, ihm während des Baues den jeweiligen Theilbetrag des Lohnes auszuzahlen, nicht erfüllen wollte. — Das in erster Instanz unbedingt zugelassene Klagebegehren wurde von dem O. L. G. aus folgenden Gründen für dermalen abgewiesen: Die unterlassene Entrichtung des Lohnes berechtigt, außer dem Falle einer besonderen, hier nicht vorliegenden Verabredung, den Bestellten nicht zu dem Rücktritt von dem Vertrage, sondern, nach den §§. 1154 u. 1156 a. b. G. B., nur zur Forderung des ihm gebührenden Lohnbetrages und Schadenersatzes. Da nun A selbst nicht behauptet, daß B sich verpflichtet hätte, den ganzen Lohn vor der Vollendung des Baues zu entrichten und daß durch den erhaltenen Vorschuß die von ihm geleisteten Arbeiten nicht bedeckt seien, so ist seine Klage in der Richtung der §§. 1154 und 1156 a. b. G. B. nicht gegründet. Insofern er aber, ohne den Bau vollenden zu wollen, die Verlohnung der bisher gemachten Arbeiten anspricht, steht seiner Klage die für alle onerosen Verträge geltende Vorschrift des §. 1052 a. b. G. B. entgegen. Denn, wenn er den Lohn anspricht, der ihm nach dem Gesagten und nach §. 1156 erst nach vollendetem Baue gebührt, muß er auch bereit sein, den Bau zu vollenden. Aus diesem Grunde wird das gestellte Begehren für dermalen abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof verurtheilte den B nach dem Klagebegehren unter der Bedingung des obenerwähnten Beweises durch den Haupteid. Gründe: Die im §. 1156 a. b. G. B. aufgestellte Regel, daß der Lohn erst nach vollbrachter Arbeit gebührt, gilt nicht, wenn die Parteien eine entgegengesetzte Abrede getroffen haben. Wird nun durch den Haupteid bewiesen, daß B dem A versprochen habe, ihm auf sein jedesmaliges Verlangen den nothwendigen Betrag stets auszuzahlen, so kann daraus, daß B dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist, mit Grund gefolgert werden, daß die Fortsetzung und Vollendung des Baues durch die Schuld des B, nicht des A unterblieben sei, in welchem Falle dem Letzteren nach §. 1155 für die bereits geleistete Arbeit die angemessene Entschädigung gebührt, die A in seiner Klage eben fordert.

---

## Nr. 4228.

### Execution auf Bezüge von Militärbeamten.

**Entsch. v. 18. Juli 1871, Nr. 8961 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des H. G. Prag v. 13. Februar 1871, Nr. 9950 und des O. L. G. Prag vom 12. April 1871, Nr. 12037). G. H. 1872, S. 44.**

Von beiden Untergerichten wurde das Gesuch der A um executive Einantwortung eines Dritttheiles der Gage des Militär-Rechnungsofficialen B für ihre Forderung an denselben abgewiesen, weil nach dem Patente v. 25. Oct. 1798, J. G. S. Nr. 436, die Gehalte der landesfürstlichen Beamten der Execution nicht unterliegen und die für Militärbehörden erlassenen Verordnungen, insbesondere die Circularverordnung des Armee-Obercommando v. 28. Dec. 1858, R. G. Bl. 1859 Nr. 2, das Gebührenreglement v. 1. Sept. 1858 und das mit der Verordnung des Armee-Obercommando v. 10. Februar 1863, C. K. Nr. 3643 kundgemachte Gebührengesetz von den Civilgerichten, für welche sie nicht erlassen wurden, nicht angewendet werden können.

Der oberste Gerichtshof erklärte sich gegen diese Beschränkung der Anwendbarkeit der citirten Gesetze und bewilligte das Executionsgesuch, weil laut der im Reichsgesetzblatte 1859 Nr. 2 kundgemachten, somit auch für die Civilgerichte maßgebenden Verordnung des Armee-Obercommando v. 28. Dec. 1858 das Patent v. 25. Oct. 1798, J. G. S. Nr. 436, soweit es Militärbeamte betrifft, durch den §. 55 des Gebührenreglements als aufgehoben zu betrachten ist.

---

## Nr. 4229.

### Gegenbeweis gegen eine Quittung: Unzulänglichkeit der Erklärung des Schuldners, die quittirte Schuld nicht bezahlt zu haben.

**Entsch. v. 20. Juli 1871, Nr. 1681 (Best. des Urth. des L. G. Krakau v. 12. April 1870, Nr. 4837, Abänd. des Urth. des O. L. G. Krakau vom 11. Oct. 1870, Nr. 14889). G. H. 1871, S. 318.**

In der Urkunde, welche den Verkauf eines Gutes des M an die N um 9000 fl. enthält, wurde von M über die Hälfte des Kaufgeldes der N quittirt und bedungen, daß die andere Hälfte erst nach dem Tode des M zu zahlen sei. M starb und in dem Inventar seiner Verlassenschaft wurde der ganze Kaufschilling per 9000 fl. als Activum aufgenommen, weil laut der im Inventar beigesetzten Anmerkung des Gerichtscommissärs die N erklärt hatte, daß M die erste Kaufschillingsrate nicht gefordert und daß sie dieselbe nicht gezahlt habe, obschon darüber quittirt worden sei. Nun belangte A, der Universalerbe des M, die N auf Zahlung der quittirten 4500 fl. In der Ein-

rede, welche nicht mehr von der N, die inzwischen gestorben war, sondern von ihrem Ehemanne B, der dem Processe als freiwilliger Vertretungsleister beitrat, erstattet wurde, berief sich derselbe auf die in der Kaufsurkunde von M ausgestellte Quittung und bestritt die Beweiskraft des oben erwähnten Geständnisses der N. — Das O. L. G. hat dem in erster Instanz ohne Weiteres abgewiesenen Klagebegehren für den Fall stattgegeben, als A durch den von B als Vertretungsleister und muthmaßlichen Erben der N negativ abzuschwörenden Haupteid den Beweis erbrächte, daß die N bei der Errichtung des Nachlaßinventars nach M vor der Gerichtscommission eingestanden habe, die erste Kaufschillingshälfte, die laut Vertrages bei der Unterfertigung gezahlt werden sollte, nicht gezahlt zu haben. Das O. L. G. erachtete, daß die Erklärung der N, weil sie bei der die Erforschung des Activ- und Passivstandes bezweckenden Aufnahme des Inventars abgegeben wurde, die Erfordernisse eines beweiskräftigen außergerichtlichen Geständnisses (§§. 176 und 177 westg. G. O.) habe, allein durch den obigen Haupteid bewiesen werden müsse, da in dem Inventare nicht die eigene Erklärung der N in wörtlicher Fassung enthalten ist, sondern von dem Inventurscommissär nur berichtsweise angeführt wurde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz. Gründe: Um die Quittung zu entkräften, müßte das Geständniß der N vorliegen, daß die quittirte Forderung noch nicht getilgt sei. In der Erklärung der N, daß M die Kaufschillingshälfte nicht gefordert und daß sie dieselbe nicht gezahlt habe, ist aber dieses Geständniß nicht enthalten, weil M über die Forderung der Kaufschillingshälfte in einer Weise verfügt haben konnte, daß die N von der Schuld befreit wurde, ohne gezahlt zu haben (§. 1444 a. b. G. B.). Mit der Berufung auf die Erklärung der N konnte also das Klagebegehren nicht begründet werden und ist daher auch der vom O. L. G. zugelassene Haupteid unerheblich.

---

## Nr. 4230.

### Geldvermächtniß: Eintritt der Mora des Erben mit dem Ablauf des Jahres nach dem Tode des Erblassers.

**Entsch. v. 20. Juli 1871, Nr. 2634 (Best. des Urth. des B. G. Karlsbad v. 25. Nov. 1870, Nr. 10256, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 28. Dec. 1870, Nr. 44463). G. H. 1871, S. 314.**

Der Klage des Legatars gegen den Erben auf Zahlung 1. des Vermächtnisses von 1200 fl. und 2. der Verzugszinsen von dem Zeitpunkte an, mit welchem das erste Jahr nach dem Todestage des Testators verstrichen war, wurde von dem obersten Gerichtshofe auch in dem zweiten Punkte stattgegeben, obgleich der Kläger früher die

Zahlung des Legates nicht gefordert hatte, weil dieses Legat nach §. 685 a. b. G. B. nach einem Jahre vom Tode des Erblassers gefordert werden konnte, hiermit aber, wie es auch die Randbemerkung zum §. 685 zeigt, der Zahlungstag des Vermächtnisses schon durch das Gesetz bestimmt war, so daß es nach der Regel: dies interpellat pro homine, um den Erben in Mora zu versetzen, der Aufforderung zur Zahlung nicht bedurfte.

## Nr. 4231.

### Rechtliche Natur des Schmerzengeldes: Aufhebung des Anspruchs darauf durch Versöhnung?

**Entsch. v. 20. Juli 1871, Nr. 2866 (Best. des das Urth. des B. G. Pettau v. 29. August 1870, Nr. 5811, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 13. Dec. 1870, Nr. 13151). G. Z. 1872, Nr. 7.**

Der wegen körperlicher Mißhandlung des A vom Strafgerichte verurtheilte B setzte der Klage des Ersteren auf Zahlung von Schmerzengeld nur die Einwendung entgegen, daß sie sich nach seiner Verurtheilung im Wirthshause des X um zwei Maß Wein ein für allemal ausgeglichen haben. Die Zeugen, auf die sich B in Folge der klägerischen Ableugnung dieses Factums berief, bestätigten, daß A und B im erwähnten Wirthshause mit den versöhnenden Worten: „Seien wir uns wieder gut“, sich die Hände reichten und sodann zum Zeichen der Aussöhnung den Wein gemeinschaftlich tranken; keiner von den Zeugen vermochte aber anzuführen, daß dabei speciell von einem Ausgleiche bezüglich des Schmerzengeldes die Rede gewesen sei. — Das Gericht erster Instanz wies den Kläger aus folgenden Gründen ab: „Da der Anspruch eines Schmerzengeldes nicht den Charakter einer Schadenersatzforderung, sondern jenen einer Strafe hat, die Schmerzengeldklage nicht eine Schadenersatzklage (vielmehr actio vindictam spirans) ist, so involvirt die von den zwei unbedenklichen Zeugen bestätigte Aussöhnung zwischen Kläger und Beklagtem, zwischen Beschädigtem und Beschädiger implicite auch den Verzicht auf den Anspruch eines Schmerzengeldes: denn Rache und Versöhnung sind unvereinbare Begriffe und einer schließt den anderen aus.“ — Von dem O. L. G. wurde dem Kläger das Schmerzengeld, in herabgesetztem Betrage, zuerkannt, weil nach den Zeugenaussagen der vom Beklagten eingewendete Ausgleich nur eine Versöhnung der gegenseitigen Gehässigkeit des A und B herbeigeführt, die privatrechtlichen Ansprüche des A aus dem Grunde der erlittenen Mißhandlung aber keineswegs berührt hat, mithin als ganz unentscheidend zu betrachten ist, um so mehr, da auf Gebräuche, hier auf den Gebrauch, wornach in der Aussöhnung gegen einander feindselig gesinnter Personen der Verzicht auf vor derselben gestellte Entschädigungsansprüche liegen soll, nach §. 10 a. b. G. B. kein Bedacht zu nehmen wäre.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil aus dessen Gründen.

## Nr. 4232.

### Donatio sub modo: Errichtung eines Baues durch den Schenker auf dem geschenkten und übergebenen, aber auf die Person des Beschenkten noch nicht umgeschriebenen Grunde.

**Entsch. v. 20. Juli 1871, Nr. 2952 (Best. des das Urth. des B. G. Littai v. 27. März 1870, Nr. 712, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 13. Dec. 1870, Nr. 13425). G. Z. 1872, Nr. 6.**

A, welcher dem B ein Grundstück zur Erbauung einer Schmiede geschenkt, allein grundbücherlich noch nicht übertragen hat, führte in seiner Klage gegen den B an: es sei bei der Schenkung festgesetzt worden, daß der Beklagte mit seinem Gelde und mit seinen Materialien den Bau einer Schmiede herstelle; B habe nun den Bau zwar begonnen, allein wegen Mangel der Geldmittel zur An- und Herbeischaffung des nöthigen Materiales unterbrochen und den Kläger um die Lieferung des letzteren ersucht, worauf Kläger mit seinem Gelde und seinen Materialien den Bau fortgesetzt und vollendet habe, nachdem er den Werth des von B selbst bereits verwendeten Materiales in dem beiderseits auf 17 fl. festgesetzten Betrage demselben ersetzt hatte. Darauf gründete A das Klagebegehren, daß B schuldig erkannt werde, das Eigenthum des Klägers an der auf dem Grundstücke des Letzteren mit dessen Materialien und Geld erbauten Schmiede anzuerkennen und dem Kläger den Besitz der Schmiede einzuräumen. Zum Beweise seiner von B widersprochenen Anführung trug ihm A den Haupteid auf. — Beiden Untergerichten erschien die Frage, ob der Kläger selbst, mit eigenen Mitteln die Schmiede hergestellt habe, als irrelevant für die Proceßentscheidung, weil aus diesem Umstande ihm nur das Recht auf Ersatz seines Aufwandes erwachsen würde, um welches es sich nicht handelt. Nichtsdestoweniger erkannte das Gericht erster Instanz nach dem Klagebegehren aus folgenden Gründen: Nach §. 297 a. b. G. B. bilden Gebäude ein Zugehör von dem Grund und Boden, worauf sie errichtet sind; die §§. 404 ff. a. b. G. B. normiren durchgehend, daß der Eigenthümer der Hauptsache auch Eigenthümer des Zuwachses derselben ist, und dieser Grundsatz ist auch in den §§. 417 bis 419 ebendort, die vom Bauzuwachse handeln, insbesondere durchgeführt. Da nun B durch die im Baucommissionsprotokoll enthaltene Erklärung des A, daß er den zum Baue der Schmiede nöthigen Grund ihm schenke, zwar einen Titel zum Eigenthum der Parcelle (§§. 943 und 425 a. b. G. B.) erlangt, das Eigenthum selbst aber wegen Mangels der grundbücherlichen Eintragung noch nicht erworben hat (§. 431 a. b. G. B.) und dasselbe bei dem Kläger geblieben ist, so ist der Letztere auch Eigenthümer der darauf erbauten Schmiede und mußte daher dem auf Anerkennung seines Eigenthumes gerichteten Klagebegehren stattgegeben werden. — Von dem O. L. G. wurde der Kläger abgewiesen und in den Mo-

tiven bemerkt: Ganz unrichtig ist die vom Richter erster Instanz in seinen Entscheidungsgründen zu Gunsten des Klägers gemachte Anwendung der §§. 297 und 404 a. b. G. B.; denn der Beklagte hat auf dem ihm vom Kläger durch Schenkung abgetretenen Terrain, nicht auf jenem des Klägers die Schmiede gebaut; die cit. Vorschriften sprechen vielmehr für den Beklagten, und wenn auch derselbe wegen nicht vollzogener Intabulation der Erwerbung nach §. 431 a. b. G. B. noch nicht Eigenthümer des ihm abgetretenen Grundstückes geworden ist, so hat er doch den Titel und die rechtliche Erwerbungsart für das Eigenthum daran erwiesen, ist überdies auch im Besitze der Schmiede, und dem Kläger, der sich des Eigenthumes des Terrains durch Vertrag an den Beklagten entäußert hat, steht auch kein Recht an der darauf erbauten, vom Beklagten besessenen Schmiede zu.

Mit einfacher Bezugnahme auf die Begründung des O. L. G. bestätigte der oberste Gerichtshof dessen Entscheidung.

---

## Nr. 4233.

### Collision von Erbserklärungen aus einem Erbvertrage und aus dem Gesetze: Vertheilung der Parteirollen.

**Entsch. v. 25. Juli 1871, Nr. 9075 (Best. des das Decr. des B. G. Krainburg v. 20. Jänner 1871, Nr. 4706, abänd. Decr. des O. L. G. Graz vom 26. April 1871, Nr. 5000). G. H. 1871, S. 339.**

In Erledigung der nach §. 125 des Gesetzes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208 abgehaltenen Tagfahrt hat das Abhandlungsgericht den A, welcher sich zum Nachlaß aus einem Erbvertrag als Erbe erklärt hatte, zur Anstellung der Erbrechtsklage gegen die erklärten gesetzlichen Erben angewiesen und zugleich auf das Begehren der Letzteren die gerichtliche Sequestration der Verlassenschaft bewilligt. — Von dem O. L. G. hingegen wurde die Klägerrolle den gesetzlichen Erben zugewiesen und ihr Gesuch um Sequestration abgeschlagen. Gründe: Die gesetzlichen Erben leugneten die Echtheit der Erbvertragsurkunde. Da sie aber diesen Widerspruch nicht durch Hinweisung auf sichtbare Mängel der Urkunde unterstützten, welche einigen Grund böten, dieselbe für unecht zu halten, und der einfache, durch Nichts begründete Widerspruch nach dem Geiste des §. 126 des cit. Gesetzes nicht genügen kann, den stärkern, von dem Richter auf Grund des mit allen gesetzlichen Förmlichkeiten versehenen Erbvertrags anerkannten Titel des Vertragserben zu entkräften, zumal es anderenfalls lediglich in dem Belieben des gesetzlichen Erben stünde, bei jeder Collision mit einem Vertrags- oder Testamentserben die Verweisung des Letzteren auf den Rechtsweg zu bewirken, so erscheint im vorliegenden Falle allerdings nur die Anweisung der gesetzlichen Erben zur An-

stellung der Klage als gesetzlich begründet. — Die von ihnen begehrte Sequestration ist deswegen unzulässig, weil einerseits die Verwaltung der Verlassenschaft keinem der streitenden Erben übertragen wurde und auch sonst die Voraussetzungen der §§. 292 und 293 a. G. O. fehlen, andererseits aber die Sequestration im Sinne des §. 127 des Gesetzes vom 9. August 1854, Nr. 208, erst, nachdem der auf den Rechtsweg gewiesene Erbe seine Klage in der festgesetzten Frist eingebracht, angesucht werden darf.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung der zweiten Instanz aus deren Gründen.

---

## Nr. 4234.

### Objective Klagenhäufung: — Voraussetzung der Einleitung des Executivprocesses.

**Entsch. v. 25. Juli 1871, Nr. 9163 (Abänd. der Decr. des L. G. Wien v. 28. April 1871, Nr. 23434 und des O. L. G. Wien v. 24. Mai 1871, Nr. 10487). G. H. 1871, S. 351.**

A belangte den B wegen Zahlung mehrerer Forderungen mit der Bitte um Einleitung des Executivprocesses. Die eingeklagten Forderungen gründen sich auf Verabredungen, die seit dem Verkaufe eines Gutes des Klägers an den Beklagten nachträglich zwischen ihnen stattgefunden hatten; eine derselben per 133 fl. betraf Interessen eines Theiles des Kaufschillings, dessen Verzinsung B versprochen hatte, die zweite im Betrage von 3000 fl. hatte das von ihm dem A, für die Beschleunigung der Gewähranschreibung zugesagte Entgelt zum Gegenstand und die dritte repräsentirte den Betrag von 500 fl. für eine von A für B übernommene Ablösung einer Forderung. Mit der Klage producirte A einen Brief des B, in welchem er die erwähnten Forderungen anerkannte. — Das Gericht erster Instanz leitete den Executivproceß ein. — Das O. L. G. verordnete die Abweisung der Klage a limine wegen Cumulirung nicht zusammenhängender Forderungen.

Der oberste Gerichtshof verordnete die aufrechte Verbescheidung der Klage nach §. 16 a. G. O. Gründe: Die in der Klage vereinigten drei Forderungen gründen sich zwar nach der Darstellung des Klägers auf besondere, außerhalb des von ihm mit dem Beklagten geschlossenen Kaufvertrages gelegene nachträgliche Verabredungen; sie beziehen sich aber sämmtlich auf dieses Kaufgeschäft und dessen Durchführung, sind von dem Beklagten selbst in seinem Brief an den Kläger in Zusammenhang gebracht und stehen vermöge der Beziehung dieser Nebenverabredungen auf ein und dasselbe Hauptgeschäft immer in einem solchen Zusammenhang, daß die Anbringung derselben in Einer Klage nach §. 4 a. G. O. als zulässig erkannt werden darf. Da-

gegen ist die Einleitung des Executivprocesses nicht statthaft, weil mindestens für die eingeklagten Forderungen von 3000 fl. und 500 fl. keine andere Urkunde als der Brief des Beklagten vorliegt, der in Betreff der Forderung von 3000 fl. keinen Rechtsgrund angibt, bezüglich der andern von 500 fl. nur die Bereitwilligkeit des Beklagten zur Uebernahme von Forderungen gegen einen Betrag von 500 fl. ausspricht und die Fälligkeit keiner der beiden Forderungen entnehmen läßt, mithin als eine zur Einleitung des Executivprocesses geeignete, vollen Glauben verdienende Urkunde nicht angesehen werden kann.

---

## Nr. 4235.

### Rechtliche Wirkung der gerichtlichen Einantwortung einer Erbschaft gegenüber gutgläubigen Dritten.

**Entsch. v. 27. Juli 1871, Nr. 7525 (Best. des das Urth. des B. G. Meran v. 24. Oct. 1870, Nr. 9817, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck vom 3. Mai 1871, Nr. 4302). G. Z. 1872, Nr. 6.**

Gegen A, welchem die in einer hypothekarisch versicherten Capitalsforderung bestehende Verlassenschaft seiner Mutter M vermöge des gesetzlichen Erbrechtes eingeantwortet war, erwirkte sein Gläubiger B das executive Pfandrecht an jener Forderung. Bald darauf wurde ein Testament der M vorgefunden, worin sie die Kinder des A als Erben eingesetzt hatte, und mit Zustimmung des die letztwillige Verfügung ohne Vorbehalt anerkennenden A die Verlassenschaft der M seinen Kindern als testamentarischen Erben gerichtlich eingeantwortet. Die letzteren traten nun gegen B klagend auf, indem sie das dem B ertheilte executive Pfandrecht bestritten. Der Beklagte vertheidigte sich mit Berufung auf den §. 824 a. b. G. B., wornach er in seinem bona fide gegen den damals gerichtlich durch die erste Einantwortungsurkunde in den Nachlaß eingesetzten Erben A erworbenen Pfandrecht geschützt werden müsse. — Das in erster Instanz zugelassene Klagebegehren wurde in zweiter und dritter Instanz abgewiesen, und zwar aus den nachstehenden vom obersten Gerichtshofe gebilligten Gründen des O. L. G.: Zur Zeit, als B das bestrittene Pfandrecht an der Nachlaßforderung erwirkte, war A, als gerichtlich anerkannter Erbe der M gemäß Abhandlungsprotokoll und Einantwortungsurkunde, im rechtmäßigen Besitze der in jener Forderung bestehenden Verlassenschaft der M. Das executive Pfandrecht erwarb der Beklagte B in gesetzlicher Weise; angesichts der Einantwortungsurkunde hatte er keinen Grund, die Rechtsgiltigkeit des Titels, kraft dessen sein Schuldner zum Besitze des Nachlasses gelangt war, in Zweifel zu ziehen, und ist daher als redlicher Besitzer des Pfandrechtes anzusehen. An diesem Rechte des B konnten die späteren Acte, welche zwischen A

und dessen Kindern vorfielen (Anerkennung der Erbeinsetzung der Letzteren; Zustimmung des A zur Erbseinantwortung an dieselben) nichts ändern, weil B dabei nicht intervenirt ist und es sich um Acte des Verfahrens außer Streitsachen handelte (§. 11 des Patentes vom 9. August 1854, Nr. 208). Diese Ansicht findet ihre Bestätigung in der Anordnung des §. 824 a. b. G. B., welcher den dritten redlichen Besitzer der vom vermeintlichen Erben erworbenen Erbschaftsstücke gegen den wirklichen Erben in Schutz nimmt. Denn diese gesetzliche Bestimmung beruht offenbar auf der gleichen ratio legis, wie die Anordnung der §§. 367 und 456 a. b. G. B. und hat die Begünstigung des redlichen Besitzers sogar noch weiter, als im §. 367, ausgedehnt; es entspricht daher sicher dem Geiste des Gesetzes, den §. 824 nicht auf den Fall der Eigenthumsübertragung einzuschränken, sondern per analogiam auch auf den Fall der Einräumung eines Pfandrechtes anzuwenden, welches die eventuelle Veräußerung der Pfandsache in sich einschließt.

---

## Nr. 4236.

### Unzulässigkeit der executiven Sequestration eines Anspruchs auf Lebensunterhalt.

Entsch. v. 27. Juli 1871, Nr. 9072 (Best. des das Decr. des B. G. Laibach v. 28. März 1871, Nr. 2552, abänd. Decr. des O. L. G. Graz v. 24. Mai 1871, Nr. 6415). G. Z. 1872, Nr. 5.

Das in erster Instanz vollständig bewilligte Gesuch des A gegen seinen Schuldner B um executive Sequestration des für B auf der Liegenschaft des C in Folge Uebergabevertrages sichergestellten Lebensunterhaltes und des Fruchtgenusses von einer zur besagten Liegenschaft gehörigen Wiese, wurde vom O. L. G. in Betreff des Lebensunterhaltes abgewiesen, worauf der Executionsführer den Revisionsrecurs ergriff und anbrachte, daß die obergerichtliche Entscheidung auf der Verwechslung der Executionsführung auf ein Recht mit der Executionsführung auf dessen Inhalt beruhe; daß der Lebensunterhalt, das sogenannte Ausgeding, in so fern als Frucht erscheine, als der Anspruch auf dasselbe die Hingabe der Liegenschaft (an den Verpflichteten) zur Voraussetzung hat, welche als das Capital zu betrachten sei; daß der materielle Inhalt des Rechtes auf den Unterhalt, d. i. die fälligen oder in Zukunft verfallenden Raten des in Geld oder Naturalien bestehenden Unterhalts Sachen des allgemeinen Verkehres seien, worüber verfügt werden könne, gerade so wie bei Pensionen, Ruhegehalten und dem nach §. 150 a. b. G. B. dem Vater an dem Vermögen der Kinder eingeräumten Fruchtgenuß; daß aber auch im vorliegenden Falle nicht das Recht des Ausgedinges,

sondern nur dessen materieller Inhalt, d. i. die Naturalabgaben, aus denen der Lebensunterhalt besteht, in Execution gezogen wurden.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Abweisung, weil das im Executionsgesuche gestellte Begehren des A auf executive Sequestration des für B auf . . . sichergestellten Lebensunterhaltes lautet, welcher als ein höchst persönliches Recht nicht in Execution gezogen werden kann; andererseits aber der materielle Inhalt dieses Lebensunterhaltes, nämlich die Art und Weise der Leistung desselben im Executionsgesuche nicht angegeben wurde, mithin auch nicht beurtheilt werden kann, ob ein executionsfähiger Gegenstand vorliege.

---

## Nr. 4237.

### Meistgebotsvertheilung: Rückstände an Erwerb- und Einkommensteuern.

**Entsch. v. 1. August 1871, Nr. 7630 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Ellbogen v. 4. März 1871, Nr. 1256 und des O. L. G. Prag vom 1. Mai 1871, Nr. 14528). G. H. 1871, S. 367.**

Bei der Vertheilung des Meistgebotes auf die im Executionswege versteigerte Mühlenrealität des B wurden die angemeldeten Rückstände der Erwerb- und Einkommensteuer auf daselbe nicht angewiesen, weil diese Steuern nicht Realsteuern sind, somit auf der Realität nicht haften. Gegen diese von beiden Untergerichten getroffene Entscheidung wurde der a. o. Recurs ergriffen und mit Berufung auf das Judicat des obersten Gerichtshofes vom 13. December 1870, Nr. 13.836 (Nr. 3987 der Sammlung) behauptet, daß auch den besagten Steuern das gesetzliche Pfandrecht nach Hofdcr. v. 16. Sept. 1825, J. G. S. Nr. 2132, zustehe, indem die Erwerbsteuer in dem Erwerbsteuerpatente vom 31. December 1812, §. 18 ausdrücklich den übrigen Steuern gleichgestellt und die Einkommensteuer nach dem Patente vom 29. October 1849, R. G. Bl. Nr. 439, §. 31 den andern directen Steuern gleichgehalten werde.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs, weil in der Ansicht der Untergerichte, daß es sich hier nicht um eine auf der Mühle haftende, daher das gesetzliche Pfandrecht genießende Steuer handle, eine offenbare Ungerechtigkeit oder Gesetzwidrigkeit nicht gefunden werden könne.

---

## Nr. 4238.

### Zuständigkeit für die Ehetrennungsklage der abgesondert wohnenden Gattin eines activen Officiers.

**Entsch. v. 1. August 1871, Nr. 9057 (Best. des das Decr. des K. G. Pilsen v. 25. April 1871, Nr. 3363, abänd. Decr. des böhm. O. L. G. v. 17. Mai 1871, Nr. 17217). G. Z. 1873, Nr. 58. G. H. 1871, S. 312.**

Die in Baden bei Wien wohnhafte A belangte ihren, in activer Militärdienstleistung in der Garnison zu Pilsen stehenden Ehegatten B bei dem dortigen K. G. mit der Ehetrennungsklage, gegen deren aufrechte Erledigung B recurrirte, weil nach der eigenen Darstellung der Klägerin der letzte gemeinschaftliche Wohnort der Ehegattin im Sprengel des Landesgerichtes Wien gelegen, daher letzteres Gericht competent sei. — Das O. L. G. in Prag verwies, in Abänderung des erstrichterlichen Bescheides die Klägerin an das L. G. Wien als den in der fraglichen Ehestreitsache zur Untersuchung und Entscheidung zuständigen Gerichtshof.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung aus folgenden Gründen: Der Absatz des §. 10 des Gesetzes vom 20 Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 78, enthält die Bestimmung, daß der Gerichtsstand der Garnison der Militärpersonen sich auf deren Gattinnen, die unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder und die Dienstpersonen nur in dem Falle erstreckt, wenn diese mit der Militärperson im gemeinschaftlichen Haushalte leben, und daß außer diesem Falle anzunehmen ist, daß diese Angehörigen einer Militärperson einen eigenen Wohnsitz haben, welcher nach den allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen ist. Da nun aus dem Inhalte der Klage hervorgeht, daß die Klägerin und ihr Ehegatte nach der in Frankfurt vollzogenen Eheschließung sich nach Wien begaben, nach Baden übersiedelten, dortselbst bis zur Wiedereintheilung des Geklagten in die österreichische Armee gemeinschaftlich wohnten, daß die Klägerin ihrem Ehegatten, der sich in seinen Garnisonsort Pilsen verfügte, dahin nicht folgte, sondern in Baden zurückblieb, so kann gemäß der obigen Bestimmung Pilsen, der Garnisonsort des Geklagten, nicht als der Wohnort der Klägerin, mithin auch nicht als der letzte gemeinschaftliche Wohnort der beiden Ehegatten angesehen, vielmehr muß Baden als solcher betrachtet werden, wornach gemäß §. 14 der J. N. vom 20. November 1852 und §. 9 des Gesetzes vom 20. Mai 1869, Nr. 78, die Competenz des Wiener L. G. begründet erscheint.

## Nr. 4239.

### Gegenstand der actio hypothecaria: Unzulässigkeit der Vollstreckung des wider den Hypothekarschuldner ergangenen Urtheils durch Pfändung anderweitigen Vermögens.

**Entsch. v. 1. August 1871, Nr. 9239 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Stuč v. 13. Februar 1871, Nr. 365 und des O. L. G. Prag v. 15. Mai 1871, Nr. 15501). G. H. 1871, S. 307.**

Die Eheleute B waren, dem von A gestellten Klagebegehren gemäß, als Besitzer der Wirthschaft X schuldig erkannt worden, die darauf pfandrechtlich sichergestellte Forderung des A per 540 fl. zu zahlen. Da sie, ohne die Zahlung geleistet zu haben, die Wirthschaft verkauften, begehrte A zur Vollstreckung des Urtheiles die Einverleibung des executiven Pfandrechts für seine Forderung auf eine andere den Eheleuten B noch grundbücherlich zugeschriebene Liegenschaft. — Beide Untergerichte bewilligten das Gesuch, weil die Eheleute B zur Zahlung der 540 fl. ohne Beschränkung der Execution auf die als Hypothek dienende Wirthschaft verurtheilt worden seien, da eine solche Beschränkung des Executionsrechtes daraus allein, daß ihnen als Besitzer der Wirthschaft die Zahlung auferlegt wurde, nicht hervorgehe.

Der oberste Gerichtshof hat das Executionsgesuch mit der Motivirung abgewiesen, daß aus der mit dem Wortlaute des Klagebegehrens übereinstimmenden Fassung des Urtheiles zweifellos sich ergibt, daß die Beklagten nur als Besitzer der Pfandsache und nicht als persönliche Schuldner zur Zahlung verurtheilt worden sind.

---

## Nr. 4240.

### Unzulässigkeit der Executionsführung auf Gehalte städtischer Beamten.

**Entsch. v. 1. August 1871, Nr. 9653 (Best. des das Decr. des H. G. Prag v. 23. März 1871, Nr. 17173, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 23. Mai 1871, Nr 17018). G. Z. 1871, Nr. 71.**

Das in erster Instanz bewilligte Gesuch der Firma A um executive Einantwortung von 117 fl. von dem Gehalte des bei dem Stadtrathe in X angestellten B, wurde in zweiter Instanz aus folgenden Gründen abgewiesen: Laut Bericht des Bürgermeisteramtes in X ist B zum Polizeicommissär dieser Stadt mit dem Jahresgehalte von 400 fl. ernannt worden, somit städtischer Beamter. Da gemäß Patent vom 25. October 1798, Nr. 436 der J. G. S. die Gehalte der Staatsbeamten weder verpfändet noch mit Verbot belegt oder freiwillig abgetreten werden können, städtische Beamte aber nach Inhalt des Hofkanzleidcr. vom 3. April 1838, J. G. S. Nr. 262,

den Staatsbeamten in dieser Beziehung gleichgestellt sind, so stellt sich die begehrte zwangsweise Einantwortung eines Theiles dieser Besoldung als unzulässig dar.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Revisionsrecurs der Firma A, weil gemäß Patent vom 25. October 1798, Nr. 436 der J. G. S. jede Executionsführung auf Gehalte öffentlicher Beamten unzulässig und B, welcher als städtischer Polizeicommissär in X den Jahresgehalt von 400 fl. bezieht, den öffentlichen Beamten gleichzuhalten ist.

---

## Nr. 4241.

### Cession einer nach Art. 83 W. O. zustehenden Bereicherungsklage: Nachweis und Bemessung des Schadens aus der Person des Cessionars. Verjährungsfrist für die wechselrechtliche Bereicherungsklage.

**Entsch. v. 3. August 1871, Nr. 4987 (Best. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 4. Nov. 1870, Nr. 110873 und des O. L. G. Wien vom 23. Februar 1871, Nr. 537). G. H. 1871, S. 319.**

Die Firma C besaß einen von B acceptirten Wechsel pr. 1488 fl., welchem die aus dem Verkauf von Seide entstandene Forderung der Firma gegen B zu Grunde lag, und cedirte den bereits präjudicirten Wechsel nebst der erwähnten Forderung dem A, der nun seinerseits den B mit der Bereicherungsklage nach Art. 83 der W. O. auf die Zahlung belangte, allein von beiden Untergerichten abgewiesen wurde. Gründe der zweiten Instanz: Das Recht, welches der Cedentin nach Art. 83 W. O. zustand, ist ein Entschädigungsanspruch, welcher der von B eingewendeten Verjährung nach §. 1489 a. b. G. B. unterlag, da dieser Paragraph allgemein lautet und der Art. 83 nur von dem S ch a d e n redet, mit welchem der Schuldner sich bereichert. Die Verjährung ist auch in der That schon eingetreten, da zur Zeit der Cession an A der im §. 1489 bestimmte Zeitraum längst verstrichen war. Außerdem hätte A nach Art. 83 W. O. nicht allein die Höhe des seinem Rechtsvorgänger erwachsenen Schadens, sondern auch die Größe seines eigenen Schadens beweisen müssen, nämlich welchen Betrag er für die Cession des Wechsels gegeben habe, weil nur dieser Betrag für die Beurtheilung der Bereicherung des Beklagten zu seinem Schaden maßgebend ist.

Der oberste Gerichtshof verwarf die a. o. Revisionsbeschwerde des Klägers aus folgenden Gründen: In der Abweisung der Klage kann eine Gesetzwidrigkeit oder offenbare Ungerechtigkeit nicht gefunden werden. Denn, obgleich die Bereicherungsklage im Sinne des Art. 83 W. O. insofern keine eigentliche Entschädigungsklage ist, als damit eine schon bestehende Forderung geltend gemacht wird, durch deren

Nichtzahlung erst ein Schade für den Wechselinhaber entstehen würde, daher die Verjährung nach §. 1489 a. b. G. B. nicht eingewendet werden konnte, — kommt es nach Art. 83 doch jedenfalls auf den Schaden an, welchen der Wechselinhaber (d. i. der Kläger, nicht der Cedent des Wechsels und der unterliegenden Forderung) durch die Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Acceptanten erleiden würde, und in dieser Beziehung hatte er den — nicht gelieferten — Nachweis zu bringen, was er für die Cession gegeben habe. Es ist desfalls nicht genügend, daß ihm mit dem Wechsel die — ziffermäßig bestimmte — Forderung für die verkaufte Seide abgetreten wurde, weil der Kaufpreis zunächst mit dem Accepte beglichen worden ist und daher nur mit der Beschränkung des Art. 83 gefordert werden kann.

---

## Nr. 4242.

### Berechtigung des Miethers eines ganzen Hauses zur Kündigung früherer Miethverträge über einzelne Theile des Hauses.

**Entsch. v. 3. August 1871, Nr. 9383 (Best. des Urth. des B. G. Wieden in Wien v. 17. Mai 1871, Nr. 9038, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 22. Juni 1871, Nr. 11865). Jur. Bl. 1872, Nr. 4.**

Nachdem C einige Localitäten seines Hauses dem A vermiethet hatte, vermiethete er das ganze Haus dem B, welcher nun dem A den mit C geschlossenen Miethvertrag kündigte. A bestritt die Rechtmäßigkeit dieser Kündigung wegen der dem B hiezu fehlenden Legitimation. — In erster Instanz wurde die Kündigung aufrecht erhalten. Das O. L. G. erkannte auf den Rückerlag derselben aus folgenden Gründen: Durch den mit C ohne Einverständniß des A geschlossenen Miethvertrag hat B nicht das Recht erworben, die ältere Miethe des A mittelst Kündigung aufzuheben, weil ihm dieses Recht in seinem Miethvertrage nicht eingeräumt (von dem C nicht übertragen) wurde, selbstverständlich aber in diesem Vertrag um so weniger enthalten sein kann, als das neuere Miethrecht des B an sich keine größeren Befugnisse enthalten kann, als das ältere des A und, wenn der Gesetzgeber sich bestimmt fand, im §. 1120 a. b. G. B. dem neuen Käufer ausdrücklich das Recht der Kündigung einzuräumen, daraus gefolgert werden muß, daß das gleiche Recht einem neuen Bestandnehmer gegen den frühern Miether nicht zukommt, dessen Verhältniß vielmehr von dem Eigenthümer selbst zu lösen ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Erkenntniß in der Erwägung, daß C, indem er dem B das auf seinem Hause radicirte Gast- und Einkehrwirthshaus mit allen Betriebslocalitäten zur entgeltlichen Benutzung überließ, demselben auch das ihm, C, zustehende Recht zur Kündigung der Miethe von einzelnen dazu gehörigen, abgesondert vermietheten Räumen übertrug und dieses Recht auf B auch übergegangen ist.

---

## Nr. 4243.

### Einleitung des Wechselprocesses behufs Liquidirung einer Wechselforderung an eine Concursmasse: Unzulässigkeit der Annullirung des Urtheils wegen dieser Unregelmäßigkeit.

**Entsch. v. 3. August 1871, Nr. 9511 (Aufheb. des das Urth. des H. G. Prag v. 30. März 1871, Nr. 18439, aufheb. Decr. des O. L. G. Prag vom 6. Juni 1871, Nr. 16570). G. H. 1871, S. 306.**

Auf die Klage des A gegen den Verwalter der B'schen Concursmasse pcto. Liquidhaltung einer Wechselforderung wurde von dem Concursgerichte nach dem Begehren des Klägers die Verhandlung nach Wechselrecht eingeleitet und durchgeführt, und sodann das Urtheil gefällt, welches aber auf die Appellation des Concursmasseverwalters nebst dem ganzen Verfahren von dem O. L. G. mit dem Auftrage, das ordentliche Verfahren nach §. 16 a. G. O. einzuleiten, aufgehoben ward, und zwar aus folgenden Gründen: Gegen die Vorschrift des §. 131 der Concursordnung, daß die Liquidationsprocesse auch in den zur Einleitung des Executions-, Mandats- und Wechselprocesses geeigneten Fällen nach den Normen über das ordentliche Verfahren zu verhandeln und zu entscheiden seien, hat das Concursgericht die Verhandlung nach Wechselrecht eingeleitet. Die Folge davon war, daß nach §. 12 des Gesetzes vom 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 52, über den Wechselproceß und nach dem dort als geltend citirten §. 46 des Gesetzes über den summarischen Proceß von dem Concursmasseverwalter gegen den Klagebescheid ein besonderer Recurs nicht ergriffen und daß in dem Urtheile nach §. 37 des Gesetzes über den summarischen Proceß auf den dem Kläger über die Echtheit des Wechselacceptes zurückgeschobenen Glaubenseid erkannt werden konnte, der im ordentlichen Verfahren nicht zulässig gewesen wäre. Es handelte sich hier um den Beweis der widersprochenen Echtheit der Unterschrift eines Verstorbenen; dieser Beweis hätte auf die im §. 134 a. G. O. bezeichnete Art geführt werden müssen; es kann daher nach der vorliegenden Verhandlung über die Klage mit Gründlichkeit nicht entschieden und mußte das Urtheil nebst dem voraufgegangenen Verfahren beseitigt und die Einleitung des gesetzmäßigen Verfahrens angeordnet werden.

In Erwägung, daß der Concursmasseverwalter, nachdem er, ohne gegen die Einleitung des wechselrechtlichen Verfahrens eine Einwendung vorzubringen und ohne Vorbehalt auf den Streit sich eingelassen und damit seine Zustimmung zu dem eingeleiteten Verfahren an den Tag gelegt hat, nach dem ergangenen Urtheil nicht mehr berechtigt ist, dasselbe zu beanständen; daß nach der Resolution vom 31. October 1785, J. G. S. Nr. 489 lit. ooo, mit welcher auch der §. 49 des Gesetzes über den summarischen Proceß im Wesentlichen übereinstimmt, ein geschlossenes Streitverfahren oder ein Urtheil

nicht zu cassiren ist, wenn das Gesetz auf die hiebei unterlassene Vorschrift nicht ausdrücklich die Nullität verhängt oder wenn ungeachtet des vorhandenen Gebrechens in der Hauptsache mit Gründlichkeit entschieden werden konnte; daß im gegenwärtigen Falle ein Gebrechen, worauf ein bestimmtes Gesetz, namentlich der von dem O. L. G. citirte §. 131 G. O. die Nullität verhängt, nicht vorliegt; daß andererseits die Streitverhandlung wesentliche, die gründliche Proceßentscheidung verhindernde Mängel nicht wahrnehmen läßt, — hat der oberste Gerichtshof dem O. L. G. die meritorische Entscheidung aufgetragen.

---

## Nr. 4244.

### Provisorische Schuldhaft: Bescheinigung der Fluchtgefahr durch Angabe den Fluchtverdacht erweckender Umstände.

**Entsch. v. 8. August 1871, Nr. 9924 (Best. des das Decr. des B. G. Leopoldstadt in Wien v. 17. Mai 1871, Nr. 9339, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 21. Juni 1871, Nr. 12497). G. Z. 1872, Nr. 6.**

Das Gesuch des A gegen die Schauspielerin B um Bewilligung der provisorischen Schuldhaft wegen einer Forderung von 533 fl. war auf den Auszug des Geschäftsbuches des A, welcher die besagte Schuld der B für Schneiderarbeit ergab, und auf das schriftliche Zeugniß von zwei Gewerbsgenossen des Gesuchstellers gegründet, worin dieselben bezeugten, daß die B, derzeit im Hôtel . . . in der Leopoldstadt, sehr verschuldet und die größte Gefahr vorhanden ist, daß sie jeden Augenblick sich von Wien entfernt, um ihren Gläubigern zu entgehen. — In erster Instanz wurde der Arrest gegen Erlag von 100 fl. als Caution bewilligt; in zweiter Instanz wurde A abgewiesen, weil das beigebrachte Zeugniß weder nach Form noch nach Inhalt geeignet erscheint, den Umstand, daß die B wegen schuldiger Zahlung der Flucht verdächtig ist, im Sinne des §. 275 a. G. O. glaubwürdig darzuthun. — Dagegen ergriff A den Revisionsrecurs, worin er geltend machte, daß das Zeugniß von zwei hiesigen Geschäftsleuten mit Angabe ihrer Wohnung ausgestellt, die (fehlende) Legalisirung ihrer Unterschriften vom Gesetze nicht vorgeschrieben, zur Ausstellung solcher Zeugnisse Jedermann befugt und weder die Echtheit der Unterschriften noch die Glaubwürdigkeit der Zeugen angefochten sei. Das Zeugniß bestätige nun einmal den Fluchtverdacht und daß darin die Umstände, woraus auf die Absicht der Flucht bei der B geschlossen wird, nicht angegeben sind, entscheide nichts: denn man könne auch ohne vorher getroffene Vorbereitung durchgehen und wenn überhaupt mehr verlangt wird, als hier vorliegt, so werde das ganze Capitel der G. O. vom Arreste illusorisch. Die B sei Schauspielerin, ohne Engagement in Wien, sondern bald da bald dort; sie schulde den Rechnungsrest von 533 fl.

schon seit vier Jahren, habe sich vor zwei Jahren auf eine Mahnung eiligst von hier entfernt und halte sich jetzt verborgen.

Dieser Recurs wurde vom obersten Gerichtshof mit der Begründung verworfen, daß das vorgelegte Zeugniß die Umstände, woraus die Aussteller desselben auf die Gefahr der Flucht der B schließen, nicht entnehmen läßt, die Verschuldung und Vermögenslosigkeit aber an sich noch kein Grund zur Annahme des Fluchtverdachtes ist.

---

## Nr. 4245.

### Execution zur Einbringung der administrativ festgestellten Rechnungsschuld eines Gemeindebeamten.

Entsch. v. 8. August 1871, Nr. 9988 (Best. des Decr. des B. G. Fondo v. 25. Jänner 1871, Nr. 505, Abänd. des Decr. des O. L. G. Innsbruck v. 20. Juni 1871, Nr. 2446). G. Z. 1872, Nr. 6. G. H. 1871, S. 311.

Nachdem die der Gemeinde A von ihrem früheren Vorsteher B über mehrjährige Verwaltung des Gemeindevermögens abgelegte Rechnung — den heute geltenden Vorschriften gemäß — von der Buchhalterei des Landesausschusses geprüft und erledigt worden war, betrat die Gemeinde zur Hereinbringung der aus dem Absolutorium resultirenden, von B nicht weiter angefochtenen Rechnungsschuld desselben sofort den im Patente vom 16. Jänner 1786, J. G. S. Nr. 516, und im Hofkammerdecrete vom 12. September 1832, J. G. S. Nr. 2575, bezeichneten Weg der Execution mit dem bei Gericht angebrachten Gesuche gegen B um Mobilien- und Immobilienpfändung. — Das in erster Instanz bewilligte Gesuch wurde auf den Recurs des B vom O. L. G. abgewiesen, weil der Civilrichter in der Regel nur in den Fällen des §. 396 westg. G. O. die Execution ertheilen darf und die Liquidationen der Buchhalterei, von denen die oben citirten Gesetze handeln, auf die Buchhaltereierledigungen, welche Sachen des Staatsschatzes oder ihm gleichgestellte Fonde betreffen, nicht aber auf die Erledigungen von Gemeinderechnungen sich beziehen, wie auch aus dem Art. 5 des citirten Hofkammerdecrets vom 12. September 1832, Nr. 2575, hervorgeht, worin die Einleitung der Execution dem Fiscalamte — der heutigen Finanzprocuratur — übertragen wird.

Dagegen recurrirte die Gemeinde A an den obersten Gerichtshof, welcher die erstgerichtliche Executionsbewilligung in der Erwägung bestätigte, daß eine Ausnahme von der Regel des §. 396 westg. G. O. auch durch das Patent v. 16. Jänner 1786, Nr. 516, und das Hofkammerdecret v. 12. September 1832, Nr. 2575, statuirt ist, wornach auf Buchhaltereierledigungen von Rechnungen über Vermögensobjecte, die den Staatsschatz unmittelbar oder mittelbar angehen, die gerichtliche Execution ertheilt werden muß; daß zur Zeit der Kundmachung der

citirten Gesetze bis zum Zeitpunkte der Einführung der gegenwärtigen Staatsverfassung die Verwaltung der Gemeinden unter die Aufsicht der k. k. politischen Behörden gestellt war, welche die Rechnungen der Gemeindevermögensverwaltung von der Staatsbuchhalterei prüfen und genehmigen ließen; daß mithin bis zur Zeit, als die Gemeinden für autonom erklärt wurden, die Buchhaltereierledigungen der Gemeinderechnungen nach dem citirten Patente ohne Zweifel der unmittelbaren Execution fähig waren; daß aber durch die neue Gesetzgebung, die in Gemeindesachen für den bisherigen Wirkungskreis der k. k. Statthalterei an deren Stelle den Landesausschuß gesetzt hat, die bis dahin bestandenen Grundsätze eine Aenderung nicht erfahren haben, da keine Anordnung erlassen worden ist, die zu einer davon abweichenden Auslegung berechtigen würde; daß somit in der bezeichneten Richtung die Landesbuchhalterei der Staatsbuchhaltung gleichgestellt werden muß; daß endlich von der Gemeinde A die Zustellung der in Rede stehenden Buchhaltereierledigung an B ausgewiesen und von Letzterem das im Hofkammerdecrete vom 12. September 1832, Nr. 2575, eingeräumte Rechtsmittel dagegen nicht ergriffen worden ist.

---

## Nr. 4246.

## Execution zur Einbringung von Spitalverpflegungskosten auf Grund des Kostenausweises der Landesbuchhaltung?

**Entsch. v. 9. August 1871, Nr. 9815 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Wippach v. 16. Mai 1871, Nr. 2156 und des O. L. G. Graz vom 21. Juni 1871, Nr. 7500). G. H. 1871, S. 363.**

Das Gesuch der Finanzprocuratur in Vertretung des krainerischen Landesfondes um executive Einantwortung einer hypothekarisch sichergestellten Forderung der B zur Einbringung der für sie aufgelaufenen Spitalverpflegungskosten wurde von beiden Untergerichten abgewiesen, — von dem O. L. G. mit der Begründung, daß das von der Finanzprocuratur angerufene Hofdcr. v. 15. Juli 1825, Nr. 19300, nur die Einbringung der auf die einzelnen Insassen eines Kreises repartirten Kosten der Verpflegung eines Inländers normirt, keineswegs aber den Verpflegungskostenrechnungen gegen den verpflegten Inländer selbst Executionskraft einräumt, noch sonst ein Gesetz besteht, vermöge welchem auf Grund solcher Rechnungen die Execution gestattet wäre. — In dem a. o. Revisionsrecurse berief sich die Finanzprocuratur wieder auf das citirte Hofdecret und auf die Verordnung des illyrischen Guberniums v. 10. August 1836, Nr. 12464, L. 8 Nr. 122, und folgerte daraus, daß die Execution auf Grund eines Verpflegungskostenausweises der Landesbuchhaltung, welche in Landesfondsangelegenheiten an die Stelle der Staatsbuchhaltung getreten und gleich dieser ein

öffentliches Amt ist, gesetzlich begründet sei. Die Recurrentin führte weiter an, daß nach den citirten Landesgesetzen diese Rückstände, so weit es sich um die politische Execution handelt, zu jenen Forderungen zählen, die nach den im §. 1 a. G. O. angedeuteten Ausnahmen keiner gerichtlichen Klage bedürfen, oder zum gerichtlichen Verfahren nicht geeignet sind (Hofdcr. v. 24. October 1806, J. G. S. Nr. 789), daher die besagten Verpflegungskostenausweise, da sie in linea politica executionsfähig sind, es auch vor Gericht sein müssen, namentlich da, wo die Natur des Executionsobjectes die richterliche Hilfe erheischt.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs in Erwägung, daß bezüglich der von der B nach dem vorgelegten Ausweise zu erstattenden Verpflegungskosten eine Urkunde, auf welche nach den gesetzlichen Vorschriften die gerichtliche Execution ertheilt werden könnte, nicht beigebracht wurde.

---

## Nr. 4247.

### Actio hypothecaria: Umfang der Haftung des Hypothekarschuldners.

Entsch. v. 9. August 1871, Nr. 9837 (Best. des das Decr. des B. G. Selčan v. 29. März 1871, Nr. 1995, abänd. Decr. des O. L. G. Prag vom 1. Juni 1871, Nr. 17286). G. H. 1872, S. 19.

Nachdem auf die Hypothekarklage des A gegen den B dem Letzteren die Zahlung der Pfandschuld und der rückständigen Zinsen durch Zahlungsbefehl aufgetragen worden war, begehrte A zur Hereinbringung des Zinsenausstandes die Pfändung der Mobilien des B, welche in erster Instanz bewilligt, von dem O. L. G. aber verweigert wurde, weil B durch den Zahlungsbefehl nur als Eigenthümer der Pfandsache verurtheilt wurde, nicht Personalschuldner des A ist und die Zahlung nur aus der Hypothek zu leisten hat.

Auf den Recurs des A, worin hervorgehoben wurde, daß die Capitalszinsen, zu deren Hereinbringung die Mobilienpfändung begehrt ward, in der Zeit erwachsen sind, in welcher B bereits im Besitz und Genuß der Pfandsache war, daß B deshalb Personalschuldner dieser Zinsen sei und als solcher mit seinem ganzen Vermögen dafür hafte, — hat der oberste Gerichtshof die obergerichtliche Entscheidung mit Bezugnahme auf die Gründe derselben bestätigt.

---

## Nr. 4248.

### Zulassung des Begehrens um Feilbietung einer gemeinschaftlichen Sache unter Verweisung der Feststellung der Bedingnisse in das Stadium der Execution.

**Entsch. v. 10. August 1871, Nr. 4785 (theilweise Best. des Urth. des B. G. Auscha v. 10. August 1870, Nr. 4869, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag v. 31. Dec. 1870, Nr. 45609). G. H. 1872, S. 169.**

Die Klage der A gegen die B pcto. gerichtlicher Feilbietung einer beiden Theilen gemeinsamen Realität unter den in der Klage angeführten Bedingnissen wurde in erster Instanz vollständig zugelassen, in zweiter Instanz für dermalen abgewiesen. Beide Untergerichte anerkannten das Recht der Klägerin, die Feilbietung zu fordern; das O. L. G. befaßte sich aber auch mit der Prüfung der beantragten Versteigerungsmodalitäten, und da es dieselben zum Theile unzulässig fand, und die Ausscheidung der ungesetzlichen Punkte nicht thunlich war, glaubte das Obergericht, die Klage zur Zeit abweisen zu müssen.

Von dem obersten Gerichtshofe wurde dem Klagebegehren um die Feilbietung stattgegeben, und das Begehren um Vornahme derselben nach den beantragten Bedingnissen abgewiesen. Gründe: Das auf die Feilbietung gestellte Begehren ist von beiden Untergerichten als berechtigt anerkannt worden und im §. 843 a. b. G. B. vollkommen begründet, weshalb dasselbe blos darum, weil die Klägerin die Vornahme der Versteigerung unter gewissen Bedingungen verlangte, nicht abgewiesen werden durfte. Dagegen war allerdings das letztere Begehren abzuweisen, weil die Ausführung der vom Richter ausgesprochenen Feilbietung, wenn die Parteien selbst darüber nicht einig sind, zum Vollzug des Urtheiles gehört, dessen Art und Weise daher nicht durch Urtheil selbst normirt werden kann. Die Vollziehung desselben hat vielmehr nach den im 31. Capitel der a. G. O. gegebenen Vorschriften zu geschehen, gemäß welchen auch die Versteigerungsbedingnisse auf die für die Execution vorgezeichnete Art zu adjustiren sein werden, wobei auch anderen dabei interessirten Personen, als die heutigen Proceßparteien, der gesetzliche Einfluß gewahrt und gestattet werden muß.

---

## Nr. 4249.

### Gesuch um Erneuerung der Grenzen oder Besitzstörungsklage?

**Entsch. v. 10. August 1871, Nr. 9415 (Best. des das Decr. des L. G. Brünn v. 6. Mai 1871, Nr. 4412, aufheb. Decr. des O. L. G. Brünn v. 23. Mai 1871, Nr. 6851). G. H. 1871, Nr. 320 u. 359.**

Das bei dem L. G. in Brünn als Realinstanz nach §. 53 J. N. angebrachte Gesuch des A um Berichtigung, resp. Erneuerung

der Grenze zwischen seinem Hause und jenem des Nachbars B wurde von dem genannten L. G. zurück an das städt.-deleg. B. G. in Brünn gewiesen, weil das Gesuch nach der Anführung des A durch ein den bisherigen gemeinsamen Besitz der Grenzlinie störendes Vorgehen des B veranlaßt wurde, mithin es sich um eine Streitigkeit wegen gestörten Besitzes handelt, für welche nach §. 55 J. N. das städt-del. B. G. competent ist. — Das O. L. G. verordnete dem L. G. die Erledigung des Gesuches mit Abstandnahme von dem angeführten Abweisungsgrunde, weil A mit demselben die Erneuerung der Grenze im Sinne des §. 850 a. b. G. B. bezweckt, für welche Amtshandlung nach §. 53 J. N. das angerufene Gericht, nicht das städt.-deleg. B. G. zuständig ist, welches der §. 55 ibid. nur für die auf bestimmte Zeit beschränkten Besitzstörungsprocesse als competent erklärt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung der zweiten Instanz aus deren Gründen.

---

## Nr. 4250.

## Einfluß der Streitanmerkung im Depositenbuch auf den Bezug der Zinsen.

**Entsch. v. 17. August 1871, Nr. 9722 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Krakau v. 26. Sept. 1870, Nr. 16373 und des O. L. G. Krakau v. 16. März 1871, Nr. 813). H. H. 1871, Nr. 335.**

Von beiden Untergerichten wurde zur Bestreitung des Unterhalts der Curandin B die Ausfolgung der fälligen Coupons von den für sie in gerichtlicher Verwahrung liegenden Grundentlastungsobligationen bewilligt, obgleich in dem Depositenbuche die von A gegen die B angestellte Klage auf Anerkennung der Giltigkeit der an A geschehenen Cession der erwähnten Obligationen angemerkt worden war.

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Verfügungen, weil in Ermangelung eines positiven Gesetzes der Streitanmerkung in dem Depositenbuch die Wirkung, daß dadurch die Eigenthümerin der deponirten Obligationen an dem Bezug der fälligen Coupons gehindert wird, nicht zukommt.

---

## Nr. 4251.

### Meistgebotsvertheilung: Rangordnung der Kosten der Einbringung früherer Steuerrückstände.

**Entsch. v. 17. August 1871, Nr. 10074 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Laibach v. 18. April 1871, Nr. 575 und des O. L. G. Graz vom 9. Juni 1871, Nr. 7017). G. H. 1871, S. 331.**

Zu der Vertheilung des Erlöses aus der auf Einschreiten eines Gläubigers vollzogenen Feilbietung der Liegenschaft des B wurden von der Finanzprocuratur ein Steuerrückstand von 521 fl. und die Kosten einer wegen Steuern gegen die Liegenschaft geführten Execution im Betrage von 38 fl. als Vorzugspost angemeldet und gegen diese Anmeldung von keiner Seite ein Einwand gemacht. — Das Gericht erster Instanz behandelte die 38 fl. nicht als Vorzugspost, weil der Verkauf der Liegenschaft nicht auf Ansuchen der Finanzprocuratur, sondern auf Begehren eines andern Gläubigers stattgefunden hatte. — Das O. L. G. bestätigte diese Entscheidung in Erwägung, daß die Liegenschaft des B nicht in Folge der Execution der Finanzprocuratur zum Zwangsverkaufe gebracht und die von der Letztern geführte Execution sistirt und nicht wieder aufgenommen worden ist; daß von der Finanzprocuratur die Execution zur Hereinbringung von Steuerrückständen der Jahre 1866 und 1867 per 380 fl. geführt worden war, dagegen zur Meistgebotsvertheilung nicht diese Rückstände, sondern laut Ausweises des Magistrates ein seitdem erwachsener neuer Ausstand von 521 fl. angemeldet wurde, für welchen eine Execution von der Finanzprocuratur gar nicht geführt worden ist; daß mithin an dem diesem Ausstande gebührenden Vorzugsplatze die Kosten der Execution für einen früheren, schon berichtigten und nicht angemeldeten Steuerrückstand nicht angewiesen werden können; daß die Vertheilung des Meistgebotes stets nach Maßgabe des gesetzlichen oder bürgerlichen Vorrechtes zu geschehen hat und aus der unterlassenen Bestreitung des angesprochenen Vorrechtes von Seite der mit den maßgebenden Verhältnissen nicht vertrauten Parteien auf ihr Zugeständniß eines gesetzlich nicht begründeten Vorrechtes keineswegs geschlossen werden darf.

Die Finanzprocuratur ergriff den a. o. Revisionsrecurs, welcher von dem obersten Gerichtshofe „als ungegründet" zurückgewiesen wurde.

## Nr. 4252.

### Zuständigkeit der Gerichte bei Klagen gegen einen vormaligen Gemeindevorstand auf Rechnungslegung.

**Entsch. v. 23. August 1871, Nr. 9843 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Raab v. 23. Februar 1871, Nr. 5416 und des O. L. G. Wien vom 29. März 1871, Nr. 5416). H. H. 1871, S. 315.**

Gegen die Verordnungen beider Untergerichte, mit welchen die Klage der Gemeinde A gegen den vormaligen Vorsteher derselben B auf Rechnungsablage für die Verwaltung in den Jahren 1867 bis 1870 aufrecht verbeschieden wurde, ergriff B den Revisionsrecurs, worin er die Competenz der Gerichte bestritt, weil der Gemeindevorsteher nicht Kraft eines privatrechtlichen Mandats, sondern in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes nach Maßgabe des Gemeindegesetzes im selbstständigen Wirkungskreise der Gemeinde als verwaltendes und vollziehendes Organ erscheint.

Nach vorgängigem Einvernehmen mit dem Ministerium des Innern hat der oberste Gerichtshof den Recurs verworfen, weil der Gemeinde und den höheren Verwaltungsorganen gegen den nicht mehr im Amte stehenden Gemeindevorsteher und speciell in der Gemeindeordnung für Oberösterreich vom 28. April 1864, L. G. Bl. Nr. 6, keine Zwangsmittel eingeräumt sind, um denselben zur Ablage der aus seiner Amtsperiode rückständigen Rechnungen anzuhalten, und weil die nach der Andeutung des Recurrenten streitigen Fragen: ob die Rechnungen pro 1868 und 1869 von ihm in legaler Weise bereits gelegt, die Prüfung derselben — wie er behauptet — ordnungsmäßig schon erfolgt sei und ob die Rechnungslegung für die Zeit seiner Verwaltung im Jahre 1870 entfalle, in einer für die Gemeinde rechtsverbindlichen Weise nicht von dem Landesausschusse, sondern nur von dem Gerichte zu entscheiden sind.

---

## Nr. 4253.

### Verbot: Bescheinigung der Gefahr durch Hinweis auf ein gewagtes Geschäft.

**Entsch. v. 23. August 1871, Nr. 10499 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. der innern Stadt Wien v. 28. Juni 1871, Nr. 26244 und des O. L. G. Wien v. 26. Juli 1871, Nr. 14889). Jur. Bl. 1873, Nr. 31.**

A, welcher dem B, Unternehmer des Baues einer großen Wasserleitung von der Gemeinde C zu diesem Zwecke Maschinen für 42000 fl. geliefert hatte, begehrte während des über die Forderung geführten Rechtsstreites zur Sicherstellung seines Guthabens das ge-

richtliche Verbot an allen den obigen Betrag weit übersteigenden Forderungen, die dem B gegen die Gemeinde erwachsen waren und erwachsen würden. Das Verbot wurde in allen Instanzen, in zweiter und dritter Instanz gegen Caution von 10000 fl. bewilligt.

Zu der dabei streitig gewordenen Frage nach dem Vorhandensein der Gefahr des Klägers im Sinne des §. 283 a. G. O. bemerkte der oberste Gerichtshof, daß das Wagniß des Unternehmers des in Rede stehenden Werkes auch eine Gefahr für den A involvire, dessen Forderungen gegen den Unternehmer erst durch einen langwierigen Proceß festgestellt werden sollen, mithin die Befürchtung des A, daß B, wenn er seinerzeit um die Zahlung angegangen würde, hierzu nicht in der Lage sein möchte, gegründet sei, zumal ein Vermögen des B, das nicht schon bei seiner Unternehmung betheiligt ist, nicht vorliege.

---

## Nr. 4254.

### Besitzstörungsproceß: Zulässigkeit des a. o. Revisionsrecurses.

**Entsch. v. 29. August 1871, Nr. 9672. G. Z. 1871, Nr. 97.**

Der in erster Instanz mit Berufung auf den §. 51 des Gesetzes über das summarische Verfahren a limine abgewiesene Recurs des B gegen die in seinem Besitzstörungsstreit mit A ergangenen gleichförmigen Erkenntnisse der Gerichte erster und zweiter Instanz wurde auf seine Beschwerde von dem O. L. G. in der Erwägung, daß das Verfahren in Besitzstörungsstreitigkeiten durch die kaiserliche Verordnung vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12, geregelt werde, welche Recurse gegen gleichlautende Entscheidungen der ersten und zweiten Instanz nicht ausschließe, als zulässig behandelt und nebst den Proceßacten dem obersten Gerichtshofe vorgelegt, welcher dem Recurse stattgebend, unter Abänderung der untergerichtlichen Proceßentscheidungen den Kläger A mit seinem Begehren abwies.

---

## Nr. 4255.

### Haftung der Notariatscaution für die dem Notar übertragene Besorgung von Parteigeschäften.

**Entsch. v. 30. August 1871, Nr. 10415 (Best. der Decr. des L. G. Klagenfurt v. 18. April 1871, Nr. 1532 und des O. L. G. Graz v. 22. Juni 1871, Nr. 7742). G. H. 1871, S. 337.**

Die Caution des Notars B von 1050 fl. war auf einer Liegenschaft desselben hypothekarisch sichergestellt und für einige nicht aus

der Amtswirksamkeit des Notars entstandene Forderungen waren an der Liegenschaft Pfandrechte erworben worden. Die Liegenschaft wurde im Executionswege verkauft und der auf die Caution fallende Theil des Meistgebotes von dem Ersteher bei Gericht hinterlegt. Nach der Erlöschung des Notarsbefugnisses ward das in den §§. 31 — 33 der N. O. vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 94 (Siehe die §§. 28 bis 30 der neuen N. O. vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 75), vorgeschriebene Verfahren eingeleitet und wurden sodann von dem Gerichte die kraft des gesetzlichen Pfandrechtes nach §. 27 N. O. (§. 25 der nenen N. O.) auf die Caution erhobenen Ersatzansprüche im Betrage von 461 fl. auf das obenerwähnte Depositum zugewiesen, obschon diese Ersatzforderungen nicht aus der in den §§. 1 — 5 N. O. (§§. 1—4 der neuen N. O.) bezeichneten Amtswirksamkeit des Notars, sondern aus der Besorgung der im §. 6 N. O. (§. 5 der neuen N. O.) angeführten Parteigeschäfte entstanden waren. Dagegen recurrirten die auf der Pfandsache nach der Caution intabulirten in Folge dieser Zuweisung durchgefallenen Gläubiger, indem sie behaupteten, daß die obigen auf die Caution gewiesenen Ersatzansprüche nicht aus einer pflichtwidrigen Amtsführung des Notars entsprungen, daher des im §. 27 N. O. (§. 25 der neuen N. O.) statuirten gesetzlichen Pfandrechtes theilhaftig seien. — Das O. L. G. bestätigte die erstgerichtliche Verordnung, weil die liquidirten Ersatzforderungen zwar nicht aus eigentlichen Notariatsamtshandlungen, allein aber doch aus solchen Geschäften entstanden sind, die der §. 6 N. O. (§. 5 der neuen N. O.) ausdrücklich dem Notar gestattet, bezüglich welcher die Parteien an den Notar als einen öffentlich bestellten, autorisirten Sachwalter angewiesen sind und der Notar für jeden von ihm verschuldeten Schaden als den Parteien verantwortlich erklärt wird, so daß auch derlei Geschäfte nach dem Zwecke des Notariatsinstitutes, als in den Wirkungskreis und zur Amtsführung des Notars gehörig betrachtet werden müssen.

Der a. o. Revisionsrecurs der Tabulargläubiger wurde von dem obersten Gerichtshofe mit Hinweisung auf die oberlandesgerichtliche Begründung verworfen.

---

## Nr. 4256.

### Collision von Mobilienexecutionen: Rangordnung der Schätzungs- und Feilbietungskosten.

**Entsch. v. 31. August 1871, Nr. 10448 (Best. des das Decr. des L. G. Prag v. 7. März 1870, Nr. 7736, zum Theil abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 17. Mai 1870, Nr. 17437). G. Z. 1871, Nr. 78.**

Das Gericht erster Instanz hatte den aus der zwangsweisen Veräußerung der Mobilien der Eheleute C erzielten Verkaufserlös

nach der Rangordnung der erwirkten Pfandrechte unter den Gläubigern vertheilt. — Von dem O. L. G. wurde auf den Recurs des Hauseigenthümers B der erstgerichtliche Bescheid mit Decret vom 30. November 1869 aufgehoben und verordnet, aus dem Erlöse derjenigen Beträge, welche auf die für den Hauseigenthümer wegen schuldigen Miethzinses von 50 fl. am 21. Juni 1869 pfandweise beschriebenen Fahrnisse der Eheleute C entfallen, vor allen Pfandgläubigern zuzuweisen, jene Beträge aber, welche für in dieser pfandweisen Beschreibung nicht angeführte Gegenstände erlöst wurden, nach Maßgabe der Rangordnung unter die übrigen Pfandgläubiger zu vertheilen. In Folge dieser Verordnung, welche unangefochten blieb, erließ das Gericht erster Instanz einen neuen Vertheilungsbescheid, worin es dem B auf den richtig erkannten Miethzinsbetrag von 50 fl. den ganzen Verkaufserlös mit 34 fl. 87 kr. zuwies, so daß der Executionsführer A mit den liquidirten Klags- und Executionskosten gänzlich leer ausging. Dagegen recurrirte der Letztere an das O. L. G., welches ihm die ausgewiesenen Schätzungs- und Feilbietungskosten im Betrage von 25 fl. 22 kr. und den Rest des Erlöses im Betrage von 9 fl. 65 kr. dem B zuwies, weil diese Kosten zur Realisirung des Pfandrechtes unerläßlich, sonach von jedem Gläubiger, um zur Befriedigung zu gelangen, hätten bestritten werden müssen, §. 1042 a. b. G. B., weshalb denselben nach Hofdcr. v. 19. November 1835, Nr. 388, v. 29. December 1785, Nr. 509, v. 20. November 1818, Nr. 1519 der J. G. S. und nach §. 38. der C. O. vom 25. December 1868, als einem nothwendigen Aufwande, der Vorzug vor allen Gläubigern gebührt, was jedoch von den Pfändungskosten nicht gesagt werden kann. — Dagegen ergriff B den Revisionsrecurs, in welchem er unter anderem die bereits eingetretene Rechtskraft der vorerwähnten obergerichtlichen Entscheidung vom 30. November 1869 geltend machte, durch welche ihm für seine Miethzinsforderung der Vorzug eingeräumt worden war.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung der zweiten Instanz aus deren Gründen und bemerkte gegen die Ausführung des Revisionsrecurses, daß durch die oberlandesgerichtliche Entscheidung vom 30. November 1869 das auf dem §. 1101 a. b. G. B. beruhende Vorzugsrecht des Recurrenten für seine Miethzinsforderung nur den übrigen Pfandgläubigern gegenüber im Princip anerkannt und deshalb eine neue Vertheilung des Feilbietungserlöses angeordnet, allein keineswegs auch endgiltig entschieden worden ist, daß dem Recurrenten derjenige Theil des Erlöses, welcher auf die am 21. Juni 1869 pfandrechtlich beschriebene Fahrniß der Eheleute C fällt, ganz zuzuweisen sei.

---

## Nr. 4257.

### Einfluß der Sequestration auf bestehende Pachtverträge.

**Entsch. v. 31. August 1871, Nr. 10573 (Best des das Decr. des B. G. Czaslau v. 13. Juli 1871, Nr. 4830, theilweise abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 19. Juli 1871, Nr. 24990). G. H. 1871, S. 370.**

Nach Bewilligung der von A begehrten Sequestration mehrerer Grundstücke des D und Aufstellung des Sequesters bedeutete das Gericht erster Instanz durch Bescheid dem D, daß er und seine etwaigen Pächter nunmehr jeder weiteren Benutzung der sequestrirten Grundstücke sich zu enthalten haben. Das an die Pächter gerichtete Verbot wurde auf den Recurs der Pächter B und C von dem O. L. G. beseitigt und dafür denselben aufgetragen, alle Zahlungen und Leistungen dem Sequester zu machen und seinen Weisungen eben so nachzukommen, als wenn sie von dem Eigenthümer ausgingen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung der zweiten Instanz in der Erwägung, daß der Sequester nur der von dem Gerichte zur Einhebung der Nutzungen bestellte Verwalter einer Sache ist, die er in dem Zustande, in welchem sie sich eben befindet, zu übernehmen hat, daß durch die Sequestration in den Rechten dritter Personen auf die Sache nichts geändert wird und daß ein richterlicher Ausspruch gegen die Pächter, daß sie von der Pachtung zu weichen haben, nicht von amtswegen erfolgen kann.

---

## Nr. 4258.

### Ehelicher Alimentationsvertrag mit der Clausel der Erlöschung des Anspruchs der Gattin im Falle einer darauf geführten Execution.

**Entsch. v. 5. Sept. 1871, Nr. 4077 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 8. Juli 1870, Nr. 7187 und des O. L. G. Wien v. 4. Jänner 1871, Nr. 22678). G. H. 1871, S. 378.**

A, Gläubiger der C, hatte auf die zu Georgi und Michaelis 1869 verfallenen Raten von je 600 fl. des der C von ihrem Ehegatten B durch Vertrag angewiesenen jährlichen Unterhaltes Execution geführt, die besagten zwei Raten in der executiven Feilbietung erstanden und belangte nun auf deren Zahlung den B, welcher dagegen einwendete, daß er in dem von ihm producirten Alimentationsvertrag die Verpflichtung zur Zahlung der Alimente unter der Resolutivbedingung übernommen habe, daß in dem Augenblicke der Bewilligung einer Execution auf die Alimente das Recht zum Bezug derselben für seine Frau, ihren Gläubiger, Cedenten und ihre Concursmasse erlö-

schen soll. Der Kläger replicirte, daß diese Resolutivbedingung mit einem nach Rechtsgrundsätzen unzulässigen Belastungs- und Veräußerungsverbot identisch sei.

Die Klage wurde in allen drei Instanzen abgewiesen. Der oberste Gerichtshof bezog sich dabei auf die Begründung des Urtheils der zweiten Instanz, welche folgendermaßen lautete: Die Berechtigung des B zur Festsetzung der erwähnten Bedingung kann mit Grund nicht bestritten werden. Wenn auch B nach §. 91 a. b. G. B. seiner Gattin den anständigen Unterhalt zu verschaffen hat, so folgt daraus noch keineswegs, daß er auch zur Zahlung ihrer Schulden verpflichtet sei; es wird vielmehr immer seinem Ermessen überlassen bleiben, in welcher Art er die im §. 91 gegründete Verbindlichkeit zu erfüllen gedenke, und wenn er die, wie sich zeigte, gegründete Besorgniß hatte, ob die von ihm gewählte Art einer jährlichen Alimentenzahlung dem vorgesetzten Zweck wohl auch entsprechen werde, war es ihm unbenommen, dagegen schon vorhinein die geeignete Vorkehrung zu treffen, durch welche der Kläger um so minder sich für beeinträchtigt halten kann, als seine Forderung gegen die C erst nach der Errichtung des Alimentationsvertrages entstanden ist und ihm als Cessionär nicht mehr Rechte als dem Cedenten zukommen (§. 1394 a. b. G. B.).

---

## Nr. 4259.

## Object für die Bemessung der im Falle einer Expropriation zu leistenden Entschädigung.

**Entsch. v. 5. Sept. 1871, Nr. 10908 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Hietzing v. 20. Juni 1871, Nr. 6990 und des O. L. G. Wien vom 3. August 1871, Nr. 13933). G. H. 1872, S. 44.**

Auf das Gesuch der Eisenbahngesellschaft A um die gerichtliche Schätzung der zur Expropriation bestimmten Grundstücke des B wurde zur Wahl der Kunstverständigen Tagfahrt abgehalten, bei welcher B und die Ziegelfabriks- und Baugesellschaft C, als Pächterin der expropriirten Gründstücke, das Begehren stellten, daß die Letztere behufs selbstständiger Liquidirung ihrer Ersatzansprüche und zwei mit der Ziegelfabrication vertraute Sachverständige zur Erhebung der durch die Expropriation bedingten Verminderung des Werthes der dem B noch verbleibenden Parcellen und zur Feststellung der aus der Expropriation für das Ziegelfabriksgeschäft entstehenden Nachtheile, zur Schätzung beigezogen werden.

Dieses Begehren wurde in allen drei Instanzen abgewiesen, — von dem obersten Gerichtshofe mit folgender Begründung: Durch die Expropriation wird dem B das Eigenthum an jenen Theilen seiner Grundstücke, welche für den Bahnbau erforderlich sind, entzogen und

dafür soll er nach §. 365 a. b. G. B. entschädigt werden. Welche Folgen aber diese Expropriation für die Gesellschaft C, Pächterin jener Grundstücke habe, berührt die Bahngesellschaft nicht. Die Zuziehung der C zur Schätzung ist daher mit Recht verweigert worden.

---

## Nr. 4260.

## Eröffnung des Concurses: Beweislast bezüglich der Verfolgung mit Executionen.

**Plenar-Entsch. v. 7. Sept. 1871, Nr. 9780 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des K. G. Písek v. 5. April 1871, Nr. 1339 und des O. L. G. Prag v. 22. Mai 1871, Nr. 16893). G. H. 1871, S. 365.**

Das Gesuch des A gegen seinen Schuldner B um Eröffnung des Concurses wurde in erster Instanz abgewiesen, weil A nicht dargethan, daß B mit Executionen mehrerer Gläubiger verfolgt werde, daher eine Concurrenz von Gläubigern nicht vorhanden sei (§§. 63 und 66 C. O.). — Das O. L. G. bestätigte diesen Bescheid, weil — abgesehen von der klaren Bestimmung der citirten Paragraphe der C. O. — es gegen das Wesen des Processes sei, die Beweismittel für die Klage durch den Beklagten herbeischaffen zu lassen.

Der oberste Gerichtshof hingegen verordnete die aufrechte Erledigung des von A angebrachten Gesuches, weil A durch vollen Glauben verdienende Urkunden sein Forderungsrecht gegen B und die Erfolglosigkeit der gegen ihn geführten Execution nachgewiesen hat, sein Bedeckungsgesuch daher nach §. 63 C. O. nicht offenbar als unbegründet erscheint, und die Frage, ob die übrigen Bedingungen der Concurseröffnung vorhanden seien, den Gegenstand der Erörterung und Entscheidung erst bei der nach dem Ergebnisse der Tagsatzung erfolgenden Schlußfassung über den auf die Concurseröffnung gestellten Antrag zu bilden hat.

---

## Nr. 4261.

## Rechtskraft der Einantwortung gegenüber von Erbsinteressenten, welche vom Erbanfalle ungehörigerweise nicht verständigt wurden?

**Entsch. v. 12. Sept. 1871, Nr. 11179 (Aufheb. der Decr. des B. G. Groß-enzersdorf v. 21. Mai und 14. Juli 1871, Nr. 1322 und 2695 und des O. L. G. Wien v. 18. Juli 1821, Nr. 14642). G. H. 1871, S. 322.**

M starb mit Hinterlassung von 5 Kindern und eines Testamentes, worin er die Kinder A und B mit dem Beisatze als Erben berief,

daß die Kinder C, D und E schon so viel empfangen haben, daß ihnen weder ein Erb= noch ein Pflichttheil mehr gebühre. Das Verlassenschaftsgericht pflog nun die Abhandlung mit A und B allein, ohne die anderen Kinder von dem Todesfall auch nur zu verständigen, und verfügte die Einantwortung der ganzen Verlassenschaft an die Ersteren. Einige Wochen nachher bat C um Wiederaufnahme der Abhandlung, wurde aber von beiden Untergerichten abgewiesen, — von dem O. L. G. mit der Motivirung, daß die Abhandlung durch das rechtskräftige Einantwortungsdecret auf Grund des schriftlichen Testamentes des M beendet wurde und die Bitte des C um Reassumirung gesetzlich nicht zuläßig sei.

In Erwägung, daß schon aus der Todfallsaufnahme sich das Dasein von fünf ehelichen Kindern des M ergeben hat, die nach dem Gesetze als dessen Notherben erscheinen und bis zum Beweis des Gegentheils für Pflichttheilberechtigte gehalten werden müssen; daß das Abhandlungsgericht, welches nach §. 75 des Gesetzes v. 9. August 1854, Nr. 208, verpflichtet war, alle fünf Kinder als „vermuthliche" Erben von dem Erbanfall mit der Aufforderung zur Erbserklärung zu verständigen, durch die unterlassene Verständigung des C, D und E denselben die Möglichkeit entzog, ihre Ansprüche bei dem Erbschaftsgerichte anzubringen und von dem Recht zur Anfechtung der Giltigkeit des sie ausschließenden Testamentes Gebrauch zu machen; daß demzufolge die Einantwortung des Nachlasses an A und B voreilig verfügt worden ist, und, da von derselben den anderen Erbsberechtigten keine Mittheilung gemacht wurde, den Letztern gegenüber nicht in Rechtskraft treten konnte, — hat der oberste Gerichtshof mit Aufhebung des Einantwortungsdecretes, die Wiederaufnahme der Abhandlung unter Vorladung aller Kinder des M im Sinne der §§. 75, 115 und 116 des cit. Gesetzes, angeordnet.

---

## Nr. 4262.

### Condictio indebiti: Unstatthaftigkeit der Rückforderung (sowie einer Entschädigungsforderung wegen) einer Zahlung ex causa judicati?

**Entsch. v. 14. Sept. 1871, Nr. 6069 (Best. des das Urth. des B. G. Dornbirn v. 18. August 1870, Nr. 5376, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck v. 12. April 1871, Nr. 3492). G. H. 1871, S. 362.**

Zur Verhandlung über die Klage des B wider den A pto. Zahlung von 40 fl. als Werth von 20 dem Beklagten geliehenen und nicht zurückgestellten Säcken wurde die Tagfahrt auf den 26. Februar 1871 verlegt, und A, der sie unbesucht ließ, nach dem Klagebegehren

verurtheilt. B leitete sodann die Execution ein und, um die Feilbietung der gepfändeten Mobilien abzuwenden, leistete A endlich die Zahlung. Einige Zeit darauf belangte aber A den B auf Zahlung, beziehentlich Rückersatz von 24 fl., indem er anführte, daß er vor dem Proceßtermin vom 26. Februar mit dem B über die Zahlung von nur 16 fl. für die 20 Säcke einig geworden sei, wobei dieser ihm noch gestattet habe, die Zahlung zu leisten, wenn er Geld habe, und daß deshalb von ihm weder die Tagfahrt besucht, noch die Restitution gegen das Contumacialerkenntniß begehrt worden sei. — Das Gericht erster Instanz gab dieser Klage Statt, unter der Bedingung, daß A mit dem Haupteide das angeführte, gegnerischerseits abgeleugnete Uebereinkommen beweise, und zwar aus folgenden Gründen: Wenn jenes Uebereinkommen vor dem 26. Februar, dem Tage der Contumacirung des A, in der That getroffen wurde, so war die Streitsache — und nur auf diese bezieht sich das Uebereinkommen, indem B die Unterhandlung mit dem A wahr sein läßt und selbst seine Bereitwilligkeit, mit den 16 fl. bei sofortiger Zahlung sich zu begnügen, eingestand — beigelegt, demnach die Erwirkung des Contumacialurtheils und die Execution nicht mehr gerechtfertigt, und es kann auch nicht aus formellen Gründen dem A das Recht der Klage abgesprochen werden, weil ihm, nachdem er im Vertrauen auf die geschlossene Uebereinkunft die Wiedereinsetzung zu erwirken unterlassen hatte, kein anderer Weg offen blieb, als die von ihm angestellte Entschädigungsklage, da er nach §. 20 des Gesetzes über den summarischen Proceß die Execution nicht mehr aufhalten, sondern nur durch die Zahlung abwenden konnte. — Von dem O. L. G. wurde die Klage aus folgenden Gründen abgewiesen: A bezeichnet seinen Anspruch bald als die Zurückforderung einer gezahlten Nichtschuld, bald als eine Entschädigungsklage. Als condictio indebiti involvirt die Klage die Anfechtung einer bereits rechtskräftig entschiedenen Sache und ist deshalb um so weniger zulässig, als die Gerichtsordnung selbst in dem Falle neu aufgefundener Beweise nicht die unmittelbare Geltendmachung derselben, sondern nur die Klage auf Bewilligung der Geltendmachung, d. i. die Klage auf Restitution gestattet, daher hier, wo es sich nicht um neue Beweismittel handelt, die Geltendmachung unter dem Vorwande der Rückforderung einer gezahlten Nichtschuld schon deshalb und abgesehen davon, daß von einem Irrthum im Sinne des §. 1431 a. b. G. B. keine Rede ist, ausgeschlossen ist. Der Rechtsgrund für eine Entschädigungsforderung fehlt ebenfalls. Denn wenn die mündliche Uebereinkunft wirklich getroffen wurde, so ist der angebliche Schade des Klägers aus der seinerseits unterlassenen Ergreifung des Rechtsmittels gegen das Contumacialurtheil, mithin aus seiner eigenen Fahrlässigkeit entstanden.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil des O. L. G. aus dessen Gründen.

---

## Nr. 4263.

## Behandlung der nach der Concurseröffnung fällig gewordenen Vermögensübertragungsgebühren.

**Entsch. v. 14. Sept. 1871, Nr. 11530 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 31. Mai 1871, Nr. 30522, und des O. L. G. Wien v. 12. Juli 1871, Nr. 14044). G. Z. 1871, Nr. 96.**

Der Auftrag des Centraltaxamtes an B zur Zahlung einer Vermögensübertragungsgebühr wurde, wegen der inzwischen erfolgten Eröffnung des Concurses über das Vermögen des B, von dem Concursgerichte dem Masseverwalter zugestellt. Als dieser dagegen eine Vorstellung machte, ging das Concursgericht von seiner Verfügung wieder ab und stellte dem Taxamte die Zahlungsauflage mit dem Bedeuten zurück, daß demselben überlassen werde, die diesfälligen Ansprüche des Aerars im Sinne des §. 43, Nr. 4 C. O., durch die Finanzprocuratur zur Anmeldung zu bringen. Diese Verordnung wurde damit begründet, daß die erwähnte Gebühr sich nur als Zuwachs einer der Masse zur Last fallenden Privatforderung darstelle, welcher nach §. 46 C. O. mit dem Capitale auf den gleichen Platz zu stellen sei und keineswegs unter die im §. 29 C. O. aufgezählten Massekosten falle; daß als solche nur jene Abgaben angesehen werden können, welche mit der Erhaltung, Verwaltung und Bewirthschaftung der Masse verbunden sind; daß aber das Vorhandensein dieser Bedingung aus der im vorliegenden Falle an den Masseverwalter geschehenen Zustellung des Zahlungsauftrages nicht gefolgert werden dürfe, weil dies nur aus dem Grunde geschehen sei, aus welchem alle gerichtlichen Verordnungen und Postsendungen dem Masseverwalter zugestellt werden. Auf den Recurs der Finanzprocuratur bestätigte das O. L. G. den erstgerichtlichen Erlaß.

Hierauf ergriff die Finanzprocuratur den a. o. Recurs, welchem der oberste Gerichtshof in der Erwägung stattgab, daß der Zahlungsauftrag ddo. 7. März 1871 erst nach erfolgter Concurseröffnung dem Concursmasseverwalter zugestellt worden ist, daher die Fälligkeit der bemessenen Gebühr erst während der Concursverhandlung eingetreten ist; daß nach der ganz allgemein gehaltenen Bestimmung des §. 29 Nr. 1, lit. c C. O. zu den Massekosten auch die die Masse treffenden Steuern und öffentlichen Abgaben zu rechnen sind, welche während des Concurses fällig werden, daß also alle diese während des Concurses fällig werdenden, die Masse treffenden Steuern und öffentlichen Abgaben und nicht eine gewisse Kategorie derselben, nämlich blos solche, welche mit der Erhaltung, Verwaltung und Bewirthschaftung der Masse verbunden sind, verstanden werden; daß in der C. O. zwischen rückständigen, also zur Zeit der Concurseröffnung bereits rückständigen und erst während des Concurses fällig werdenden öffentlichen Abgaben unterschieden und die Rückstände in die erste Classe verwiesen (§. 43), die letzteren aber als Massekosten behandelt werden (§. 29, Nr. 1 lit. c).

## Nr. 4264.

### Bestandvertrag oder Glücksvertrag? — Gesetzliches Pfandrecht des Verpächters.

**Entsch. v. 20. Sept. 1871, Nr. 11566 (Best. des Decr. des B. G. Schüttenhofen v. 3. Juni 1871, Nr. 3577, Abänd. des Decr. des O. L. G. vom 11. Juli 1871, Nr. 23155). G. H. 1871, S. 366.**

Gegen B, welcher von der Gemeinde A im Versteigerungswege die Einhebung der Marktstandsgelder gepachtet hatte, begehrte die Gemeinde nach vorgängiger Klage auf Zahlung rückständiger Pachtschillingsbeträge, wegen dieser Rückstände die Sequestration des ihm verpachteten Rechtes nach §. 1101 a. b. G. B. und Hofdcr. v. 5. November 1819, J. G. S. Nr. 1621. — Das in erster Instanz bewilligte Gesuch wurde von dem O. L. G. abgewiesen, weil der von B mit der Gemeinde geschlossene Vertrag die Natur eines Glücksvertrages (§. 1276 a. b. G. B.), nicht eines Bestandvertrages (§. 1090 ibid.) habe.

Der oberste Gerichtshof qualificirte das Geschäft als einen Bestandvertrag, weil dadurch dem B der Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache, nämlich des der Gemeinde A zustehenden Rechtes zum Bezug der Marktstandsgelder auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis überlassen wurde, und bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid, da das Begehren um Sequestration dieses Pachtobjects nach bereits angestellter Zahlungsklage in dem §. 1101 a. b. G. B. und den Hofdcr. vom 31. October 1800, Nr. 512, vom 5. Nov. 1819, Nr. 1621, und vom 11. März 1820, Nr. 1371 der J. G. S., seine gesetzliche Begründung findet.

---

## Nr. 4265.

### Selbstständige Einklagung eines im Compensationswege geltend gemachten Anspruches während des hierüber schwebenden Processes.

**Entsch. v. 26. Sept. 1871, Nr. 9737 (Abänd. der Urth. des B. G. Smichow v. 6. Februar 1871, Nr. 1315 und des O. L. G. Prag v. 2. Mai 1871, Nr. 14420). G. H. 1871, S. 354.**

Im Jahre 1869 hat der Baumeister B gegen den A bei dem L. G. in Prag eine Klage auf Zahlung von 550 fl. nebst Zinsen angestellt, welche Summe den Rest seiner Forderung für den von A ihm übertragenen und ausgeführten Bau eines Stockwerks auf dem einstöckigen Hause des A repräsentirte und war von dem Letzteren die Einwendung der Compensation mit seiner Forderung von 600 fl. Conventionalstrafe wegen des nicht in dem vertragsmäßigen Termin durchgeführten Aufbaues des Stockwerkes angebracht worden. Ohne Rück-

sicht auf diesen noch schwebenden Proceß belangte nun A im Jahre 1870 den B bei dem B. G. Smichow als Personalforum des Letzteren auf Zahlung der besagten Conventionalstrafe von 600 fl. nebst Verzugszinsen. Gegen diese Klage erhob B die Einwendung der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes Smichow, 1. weil eine mit dieser Angelegenheit zusammenhängende, d. i. eine aus demselben Factum (Bauvertrag) entsprungene Streitsache bei dem L. G. in Prag anhängig sei (§. 40 a. G. O.) und 2. weil A mit der Einrede in dem beim L. G. schwebenden Processe seine Widerklage pto. Zahlung der Conventionalstrafe vermengt, er, B, auf diese Widerklage in der Replik sich eingelassen habe, daher auch wegen der von A jetzt eingeklagten Conventionalstrafe ein Proceß bereits anhängig gemacht worden sei (Resolut. vom 31. October 1785, J. G. S. Nr. 489 lit. z). — Von dem Gerichte erster Instanz wurde dieser Einwendung ohne Beschränkung, von dem O. L. G. für dermalen stattgegeben. Beide Gerichte anerkannten die Berechtigung des B, der Klage des A mit der Einwendung der Streithängigkeit entgegen zu treten, weil der vorliegende Proceß allerdings auch bei dem L. G. in Prag schwebe. Die Beschränkung in dem obergerichtlichen Urtheile, daß dieselbe nur für dermalen statt habe, hatte den Zweck, dem A, wenn in dem beim L. G. geführten Proceß seine Einrede der Compensation nicht zugelassen würde, die Möglichkeit zu bewahren, seine Klage gegen B beim B. G. Smichow zu erneuern.

Der oberste Gerichtshof hat die von B vorgebrachte Einwendung der Unzuständigkeit des Gerichtes, beziehungsweise der Streithängigkeit in der Erwägung verworfen, daß der von B gegen A angestrengte Proceß pto. Zahlung der Bausumme von 550 fl. und der gegenwärtige Proceß des A gegen B pto. Zahlung der Conventionalstrafe von 600 fl. keineswegs identisch sind, da bei jeder der bezüglichen Klagen der Streitgegenstand, wie auch der Rechtsgrund ein anderer ist; daß, wenn A in dem ersten Processe zur Begründung seiner Compensationseinrede die Forderung der Conventionalstrafe geltend gemacht hat, dies ihn nicht hindert, dieselbe Forderung gegen B separat einzuklagen, was ihm um so weniger verwehrt werden kann, als der Betrag seiner Forderung höher ist, als jener der Forderung des B, und er einen exequirbaren Spruch darüber keineswegs excipiendo, sondern nur durch besondere Klage erwirken, auch nur durch letztere das ihm etwa zustehende Recht auf die nach §. 1334 a. b. G. B. vom Tage der gerichtlichen Einmahnung laufenden Verzugszinsen sich wahren kann; daß nach §. 62 a. G. O. wie nach §. 33 J. N. dem Beklagten, der sich für berechtigt hält, wider den Kläger zu klagen, „frei steht", seine Klage als Widerklage bei dem Richter, vor welchem er verklagt wurde, anzubringen, und weder durch die cit. gesetzlichen Bestimmungen noch durch irgend ein anderes Gesetz diese Competenz als eine obligatorische statuirt ist.

---

## Nr. 4266.

## Behandlung eines Naturalausgedinges bei der Meistgebotsvertheilung.

Entsch. v. 28. Sept. 1871, Nr. 9999 (Best. des das Decr. des K. G. Pilgram v. 31. Oct. 1870, Nr. 6839, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 21. Februar 1871, Nr. 5966). G. H. 1872, S. 15.

Der erstgerichtliche Meistgebotsvertheilungsbescheid, welcher den Ersteher der im Executionswege verkauften Liegenschaft anwies, dem Auszugsberechtigten A, anstatt des Naturalausgedinges, die 6 Procent Zinsen von dem noch übrigen Bedeckungscapital von 1402 fl. alljährlich zu entrichten, wurde von dem O. L. G. dahin abgeändert, daß der Ersteher dem A zeitlebens als Aequivalent des Ausgedinges alljährlich den (durch Schätzung) dafür ermittelten Betrag von 113 fl. aus den 6 Procent Zinsen des erwähnten Bedeckungscapitals und den diese Zinsen übersteigenden Rest der 113 fl. aus dem Bedeckungscapitale selbst bis zu dessen Erschöpfung zu zahlen habe und daß erst der nach dem Tode des A etwa verbleibende Rest des Bedeckungscapitales der seinerzeitigen Zuweisung an die ihm nachgehenden Pfandgläubiger vorbehalten bleibe.

Auf den Recurs der Letzteren bestätigte der oberste Gerichtshof die Entscheidung der zweiten Instanz. Gründe: Bei der Meistgebotsvertheilung muß für das auf der Liegenschaft versicherte Naturalausgeding die jährliche Leistung in Geld reluirt und ein nach seinem Zinserträgniß entsprechendes Capital aus dem Meistgebot angewiesen werden. Wenn nun das Meistgebot zur Bedeckung dieses Capitals nicht hinreicht, so kann der Auszugsberechtigte nicht angehalten werden, sich mit den Zinsen jenes Capitals, das in dem Meistgebote noch die Bedeckung fand, zu begnügen; er kann vielmehr zufolge seines Pfandrechtes, d. i. des Rechtes, aus der Pfandsache, resp. aus dem Erlöse mit dem ganzen Jahresbezuge befriedigt zu werden, verlangen, daß, soweit die Zinsen des angewiesenen Capitals zur Deckung des jährlichen Geldrelutums nicht ausreichen, der Ausfall ihm aus dem Capitale selbst bis zu dessen gänzlicher Aufzehrung angewiesen werde. Das — von den Recurrenten angestrebte — Gegentheil, daß nämlich der Auszugsberechtigte A nur die Zinsen des übrig gebliebenen Bedeckungscapitals von 1402 fl. angewiesen erhalten soll, würde der Natur des Pfandrechtes widersprechen, durch welches der Pfandgläubiger befugt ist, das Pfand soweit in Anspruch zu nehmen, als dies zu seiner Befriedigung nöthig ist.

## Nr. 4267.

### Meistgebotsvertheilung: Gebühren des Notars als Gerichtscommissär.

Entsch. v. 28. Sept. 1871, Nr. 10108 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Brünn v. 27. Dec. 1870, Nr. 10945 und des O. L. G. Brünn vom 31. Mai 1871, Nr. 6525). G. H. 1872, S. 273.

Der Notar A war der Gerichtscommissär bei der von den Erben des B nachgesuchten und vollzogenen freiwilligen Schätzung eines Immobile des B, welches später auf executives Einschreiten seines Gläubigers C gerichtlich verkauft wurde. Der Notar meldete nun die ihm als gerichtlichem Schätzungscommissär liquidirte Gebühr von 169 fl. als Vorzugspost bei der Meistgebotsvertheilung an, wurde aber von beiden Untergerichten mit dieser Anmeldung mit dem Bedeuten abgewiesen, daß ihm bevorstehe, seine nicht aus der Execution erwachsene Gebühr von der Verlassenschaft des B im Allgemeinen oder von dessen Erben hereinzubringen.

Der oberste Gerichtshof verwarf den dagegen ergriffenen a. o. Revisionsrecurs des A. Gründe: Es besteht kein Gesetz, welches den Notargebühren als solchen ein gesetzliches Pfandrecht gegenüber den zur Berichtigung derselben verpflichteten Personen einräumt. Es kann daher den Gebühren des Notars für die nicht aus Anlaß einer Execution vollzogene Schätzung einer Liegenschaft bei der Vertheilung des Erlöses aus dem später im Executionswege erfolgten Verkaufe derselben selbstverständlich auch kein Vorrecht vor den Pfandgläubigern zuerkannt werden. Ein solches Vorrecht kann auch nicht aus der Bestimmung des §. 112 der N. O.*) und des §. 30 des Gebührentarifs**) abgeleitet werden, weil durch diese Vorschriften die Gebühren der Notare, selbst wenn sie von ihnen als Gerichtscommissäre verdient worden sind, den gerichtlichen Gebühren gleich gestellt werden, die Art der Eintreibung der letzteren von der säumigen Partei aber im §. 29 der Minist. - Verordn. vom 3. Juli 1854, R. G. Bl. Nr. 169 normirt ist, aus welcher Bestimmung sich unzweideutig ergibt, daß den Notariatsgebühren als solchen ein gesetzliches Pfandrecht nicht zukommt.

---

*) Vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 94, mit welchem der §. 180 der jetzt geltenden N. O. v. 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 75, übereinstimmt.

**) Der N. O. vom 21. Mai 1855, Nr. 94, welcher noch in Kraft ist.

## Nr. 4268.

### Unzulässigkeit der executiven Pfändung eines Miethrechtes.

Entsch. v. 28. Sept. 1871, Nr. 10675 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 13. Juni 1871, Nr. 70599, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 5. Juli 1871, Nr. 13365). G. H. 1871, S. 371.

Von dem obersten Gerichtshofe wurde die von A begehrte executive Pfändung des Miethrechts des B an einem Hause verweigert, weil das Miethrecht nach §. 1090 a. b. G. B. in dem Rechte des Gebrauches einer Sache besteht, welches Recht als solches (§. 507 a. b. G. B.) der gerichtlichen Pfändung nicht unterzogen werden kann.

---

## Nr. 4269.

### Activlegitimation im Falle der Auflösung einer Zunft.

Entsch. v. 6. Oct. 1871, Nr. 2936 (Best. des das Urth. des K. G. Eger v. 30. Oct. 1869, Nr. 4968, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 2. Oct. 1870, Nr. 13958). G. H. 1871, S. 360.

In der Rechtssache der in der Stadt B etablirten Fleischhauer gegen die Stadtgemeinde wegen Bestreitung der Kosten von Baureparaturen an der Fleischbank hat das Gericht erster Instanz nach dem Klagebegehren erkannt. In zweiter Instanz wurde die Klage aus dem Grunde der fehlenden Proceßlegitimation der Kläger abgewiesen.

Aus demselben Grunde bestätigte der oberste Gerichtshof das letztere Urtheil mit folgender Motivirung: Der Klageanspruch wurde für die Fleischerzunft in B erhoben, die aber vorlängst aufgelöst worden ist. Wollte die Zunft nach dem Gewerbegesetze vom 20. December 1859, R. G. Bl. Nr. 227, ihre Existenz als eine Corporation fortsetzen, so bedingte dies eine neue Constituirung und die Aufstellung von Organen, welche sie als Corporation nach §. 116 des citirten Gesetzes zu vertreten, ihre Geschäfte zu besorgen und auch den gegenwärtigen Proceß anzustrengen hatten. Hat sich aber die Fleischhauerzunft aufgelöst, ohne in eine neue Genossenschaft sich umzubilden, so fiel ihr Vermögen nach §. 130 ibid. an die Stadtgemeinde B und nur die zur Zeit der Auflösung noch vorhandenen Mitglieder der Zunft konnten noch jene Vortheile aus ihrem Vermögen für sich in Anspruch nehmen, auf die sie bei dem Fortbestehen der Zunft Anspruch gehabt hätten. In diesem letzteren Falle mußten aber die Personen, die im vorliegenden Processe als Kläger erscheinen, sich als Mitglieder der aufgelösten Zunft ausweisen, was ihrerseits auch nicht geschehen ist. Die eingeschrittenen Kläger haben also in keiner Richtung ihre Proceßlegitimation dargethan.

---

## Nr. 4270.

### Rangordnung von Wehrbau-Concurrenzforderungen bei der Meistgebotsvertheilung.

**Entsch. v. 11. Oct. 1871, Nr. 10451 (theilweise Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Prag v. 18. April 1871, Nr. 7952 und des O. L. G. Prag v. 26. Juni 1871, Nr. 20037). G. H. 1871, S. 386.**

Bei der Vertheilung des Meistgebotes auf eine im Executionswege versteigerte Mühle wurde von beiden Untergerichten den von der Stadtgemeinde Prag liquid gestellten Wehrbau-Concurrenzforderungen der in Anspruch genommene Vorzug vor den Pfandforderungen nicht eingeräumt.

Der oberste Gerichtshof entschied, daß diesen Forderungen, so weit sie nicht über drei Jahre ausstehen, der Vorzug vor den Tabulargläubigern zukommt. Gründe: In den Motiven der obergerichtlichen Entscheidung wird für Concurrenzbeiträge zu Wasserbauten der Unterschied zwischen Wasserbauten zu Staatszwecken und solchen Bauten zu Privatzwecken mit Berufung auf die Hofkanzleidecrete vom 10. November 1830, Nr. 25657 (Provinz. G. S. für Böhmen, 12. Band, S. 582) und vom 22. September 1831 (Polit. G. S., 59. Band, S. 1888), festgehalten und daran die Folgerung geknüpft, daß nur Concurrenzbeiträge für Wasserbauten zu öffentlichen Zwecken bei der Einbringung wie Steuern zu behandeln seien. Allein in dem Hofdecrete vom 10. November 1830 ist über die Art der Einbringung der Concurrenzbeiträge keine besondere principielle Bestimmung enthalten, dagegen in dem Hofdecret vom 22. September 1831, welches in mehrfacher Beziehung das erstere Hofdecret erläutert, am Schluß der allgemeine Grundsatz ausgesprochen, daß die geforderten Beiträge durch politische Executionsmittel einzubringen sind und daß, da diese Beiträge als Auflagen zu Staatszwecken nach ihrer rechtlichen Natur den landesfürstlichen Steuern gleichzuachten sind, zur Sicherstellung ihrer Einbringung dieselben Vorschriften wie für landesfürstliche Steuern zu gelten haben. Noch bestimmter und ganz allgemein verordnet das Hofdcr. vom 4. Jänner 1836 J. G. S. Nr. 113, daß die Concurrenzbeiträge und Ausstände (ohne Unterschied der Gattung) ganz nach den Vorschriften für die directen Steuern eingebracht werden und bei der gerichtlichen Eintreibung gleiche Vorrechte mit ihnen haben sollen. Nach dem §. 3 des Gesetzes vom 30. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 93, ist die Verpflichtung zum Beitrag für die Ausführung der den Schutz von Grundeigenthum oder die Regulirung eines Wasserlaufes bezweckenden Wasserbauten (§. 20) eine Grundlast, die bis zum Betrage dreijähriger Rückstände den Vorrang vor anderen Reallasten unmittelbar nach den landesfürstlichen Steuern hat. Dasselbe bestimmt der §. 62 des für Böhmen erlassenen Gesetzes v. 28. August 1871, L. G. Bl. Nr. 71. Die Anwendung dieser Vorschriften auf

die in Rede stehenden Wehrbau-Concurrenzbeiträge erscheint nun deshalb als gerechtfertigt, weil die Vorfrage: ob dieselben nach der Beschaffenheit des Entstehungsgrundes der Verpflichtung zur Beitragsleistung als Vorzugsposten zu behandeln seien, durch die zuständigen Verwaltungsbehörden im bejahenden Sinne bereits entschieden ist. Denn in der von dem Staatsministerium bestätigten Entscheidung der böhmischen Statthalterei vom .... ist unter Anderem auch ausgesprochen, daß die den Interessenten bei jenen Wehrbauobjecten obliegende Pflicht der Beitragsleistung zu den Erhaltungskosten wie jede andere Concurrenzpflicht auf den Besitzständen haftet, und daß die fälligen Beiträge zur Erhaltung der Prager Wehre, mit Ausschluß des Rechtsweges, nach Vorschrift der kaiserl. Verordnung vom 20. April 1854, R. G. Bl. Nr. 96, von den einzelnen concurrenzpflichtigen Interessenten hereinzubringen sind. Hiedurch ist mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§. 2 und 5 des zuletzt citirten Gesetzes die Einbringungsweise dieser Concurrenzbeiträge, wie sie für Steuern gilt, unzweifelhaft anerkannt.

---

## Nr. 4271.

### Zuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung der aus dem Uebereinkommen des Staates mit der Nationalbank erwachsenden Streitigkeiten.

**Entsch. v. 11. Oct. 1871, Nr. 11531 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 28. Juni 1871, Nr. 36394 und des O. L. G. Wien vom 2. August 1871, Nr. 15361). G. H. 1871, S. 366.**

Durch das von der Staatsverwaltung mit der österr. Nationalbank am 3. Jänner 1863 geschlossene Uebereinkommen wurde von der damaligen Gesammtforderung der Bank an den Staat, zunächst von dem Rest der Vorschüsse auf das mit kaiserl. Verordn. v. 29. April 1859 aufgenommene Anlehen und soweit dieser Restbetrag nicht ausreicht, von der durch Staatsgüter bedeckten Schuld die Summe von 80 Millionen Gulden ausgeschieden und dem Staate von der Bank als ein Darlehen überlassen, für welches der Staat vom 1. Jänner 1863 ab eine jährliche Pauschalsumme, soweit dies für die Ergänzung der Dividende der Bankactionäre auf 7 Percent nöthig ist, zu entrichten hat. Für dieses Darlehen wurde der Bank die am letzten December 1876, unter gewissen Umständen (§. 13 des Uebereinkommens) am letzten December 1877 einzulösende Schuldverschreibung der Staatsverwaltung vom 6. Jänner 1863 übergeben. Demgemäß belangte die Nationalbank den Fiscus auf Zahlung der zur Ergänzung der Dividende pro 1868 auf 7 Percent erforderlichen Geldsumme. Die Klage wurde von dem angerufenen Gerichte aufrecht erledigt, weil

dieselbe nicht einen Gegenstand des öffentlichen Rechts, sondern eine Vertragsverbindlichkeit betrifft. Dagegen recurrirte in Vertretung des Fiscus die Finanzprocuratur, indem sie anführte, daß, abgesehen von dem Umstande, daß seit der Schließung des Uebereinkommens und seit der Ausstellung der Schuldverschreibung durch den Ausgleich mit Ungarn in dem Schuldenwesen des Staates überhaupt Aenderungen herbeigeführt, die fragliche 80 Millionenschuld bei den Ausgleichsverhandlungen in suspenso gelassen und einer späteren Vereinbarung vorbehalten wurde, die noch nicht zu Stande gekommen, weshalb der Finanzprocuratur in Betreff der Person des Beklagten und der Gerichtscompetenz manche Einwendungen zu Gebote stehen, — daß abgesehen von alledem, die ganz entschieden staatsrechtliche Natur jener Schuld und überhaupt des aus der damaligen Finanzpolitik hervorgegangenen, sehr complicirten und mit dem Bankprivilegium auf das engste zusammenhängenden Schuldverhältnisses des Staates zur Bank zu erkennen gebe, daß es sich hier um ein aus Creditoperationen des Staates mit der Bank entstandenes, somit staats- und nicht privatrechtliches Verhältniß handle, dessen Ausführung nicht auf den Civilrechtsweg gehört. Schon die im §. 4 des Uebereinkommens enthaltene Berufung auf den §. 1 desselben, wo nur von Creditoperationen die Rede ist, und die Entstehung des 80 Millionendarlehens aus den Resten von Staatsanlehen, sowie das ganze Schuldverhältniß des Staates zur Bank, welches durch jenes Uebereinkommen nur eine Regelung erhielt, deute auf eine Finanzoperation des Staates hin, deren Beurtheilung sich der Wirksamkeit der Gerichte entzieht. Der Umstand endlich, daß die Schuldverschreibung über die 80 Millionen im Creditbuche der Universal-Staatsschuldencasse gehörig ausgetragen wurde, müsse den letzten Zweifel an der nicht privatrechtlichen Natur dieser Schuld beseitigen. So wenig als der Besitzer einer Staatsobligation gegen den Staat auf Zahlung des Capitals oder der Zinsen ein Klagerecht habe, könne die Nationalbank als Besitzerin der 80 Millionen-Schuldverschreibung die Staatsverwaltung auf die Erfüllung der darin gemachten Zusagen belangen.

Das O. L. G. bestätigte den Bescheid des Gerichtes erster Instanz mit Wiederholung der darin enthaltenen Begründung und der oberste Gerichtshof verwarf den a. o. Revisionsrecurs der Finanzprocuratur mit folgender Erklärung: Da der von der Nationalbank gegen den Fiscus erhobene Anspruch auf einem mit der Staatsverwaltung geschlossenen Vertrage beruht, kann darin, daß die Klage nicht als zur gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung geeignet, zurückgewiesen wurde, eine Gesetzwidrigkeit im Sinne des Hofdcr. v. 15. Februar 1833, J. G. S. Nr. 2593, nicht erkannt werden.

---

## Nr. 4272.

### Uebertragung der nach Anmerkung des Grundabtrennungsgesuches eingetragenen Pfandrechte auf das Lastenblatt des Trennstückes.

**Entsch. v. 11. Oct. 1871, Nr. 12371 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Ebreichsdorf v. 22. April 1871, Nr. 15686 und des O. L. G. Wien v. 2. August 1871, Nr. 15586). G. H. 1871, S. 375.**

Von beiden Untergerichten wurde die von A nachgesuchte grundbücherliche Abtrennung eines ihm von D aus dessen Realität herausverkauften Grundstückes, jedoch unter gleichzeitiger Uebertragung der dem B und C an der Realität des D zustehenden Pfandrechte auf das Trennstück bewilligt, weil diese Pfandrechte nach der grundbücherlichen Anmerkung des Trennungsgesuches einverleibt worden waren, folglich nicht den Gegenstand des von A durchgeführten Aufforderungsverfahrens (Gesetz vom 6. Februar 1869, R. G. Bl. Nr. 18) gebildet haben und die Zustimmungserklärung der Gläubiger B und C nicht beigebracht worden ist.

Der a. o. Recurs des A, worin derselbe hervorhob, daß, nachdem die Einverleibung dieser Pfandrechte erst nach der Anmerkung des Trennungsgesuches erfolgt ist, eine Aufforderung oder Zustimmung der Pfandgläubiger gar nicht nothwendig gewesen sei, wurde von dem obersten Gerichtshofe verworfen, weil das Gesetz v. 6. Februar 1869, Nr. 18, im §. 3 der grundbücherlichen Anmerkung des Trennungsgesuches nur die Wirkung beilegt, daß spätere Eintragungen die Abtrennung nicht verhindern können, die Abtrennung aber, die nach dem Gesetze mit und ohne Uebertragung der Lasten erfolgen kann, nicht schon selbstverständlich eine lastenfreie ist.

---

## Nr. 4273.

### Unzulässigkeit des Executivprocesses auf Grund eines Bon.

**Entsch. v. 18. Oct. 1871, Nr. 12050 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 7. Juni 1871, Nr. 68092, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 19. Juli 1871, Nr. 14735). G. H. 1871, S. 394.**

Unter Vorlage des von C dem A indossirten Bons des Inhaltes: „Herrn C hier. Gut für 2945 Francs, die ich mich verpflichte an Ihre Ordre auf Verlangen baar zu bezahlen. Wien, den . . . . B“ belangte A den B auf die Zahlung mit der Bitte um Einleitung des Executivprocesses, — welche Bitte „in Erwägung, daß aus der Urkunde nicht erhellt, daß sie ein Verpflichtungsschein im Sinne des Art. 301, H. G. B., sei, indem nicht vorliegt, daß sie über Leistungen von Geld oder einer Quantität vertretbarer Sachen

oder von Werthpapieren ausgestellt wurde; daß sie auch nicht einen Rechtstitel enthält, daher für sich allein nicht als eine die Klage begründende Urkunde im Sinne des §. 298 a. G. O. und des Hofdcr. v. 7. Mai 1839, J. G. S. Nr. 358, gelten kann", von dem obersten Gerichtshofe abgewiesen wurde.

---

## Nr. 4274.

### Amortisation einer Urkunde auf Verlangen desjenigen, welcher deren Herausgabe zu fordern berechtigt ist.

**Entsch. v. 18. Oct. 1871, Nr. 12073 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 13. Juni 1871, Nr. 31305 und des O. L. G. Wien v. 2. August 1871, Nr. 15355). G. Z. 1871, Nr. 98. G. H. 1871, S. 379.**

A, welcher zwei bei der Staatsschuldentilgungscasse hinterlegte Staatsschuldverschreibungen des B im Executionswege erstanden hatte, deren Ausfolgung er nicht erwirken konnte, weil er den dem B behändigten Empfangsschein nicht besaß, begehrte nun die Einleitung des Amortisationsverfahrens behufs Tödtung dieses Empfangsscheines und wurde von beiden Untergerichten a limine abgewiesen, — in erster Instanz, weil der §. 201 westg. G. O. und die Vorschriften über das Amortisationsverfahren zur Einleitung dieses Verfahrens nur denjenigen berechtigen, dem eine Urkunde verloren ging, A aber niemals im Besitze der Empfangsbestätigung war und auch nicht dargethan ist, daß dieselbe dem B abhanden gekommen; in zweiter Instanz aus denselben Gründen mit dem Zusatz, daß das Amortisationsverfahren nicht dazu zu dienen habe, um sich den noch nicht erlangten Besitz einer Urkunde erst zu verschaffen.

In Erwägung, daß A als Nachfolger des B befugt ist, gegen Beibringung des Erlagscheines die Ausfolgung der Obligationen zu begehren, mithin von B auch die Herausgabe des Erlagscheines verlangen könnte, daß, nachdem der Letztere unbekannten Aufenthaltes ist und nicht vorliegt, in wessen Händen der Schein sich befinde, wer also um dessen Ausfolgung anzugehen wäre, der Erlagschein für A, als Successor des B, als in Verlust gerathen zu betrachten ist, — hat der oberste Gerichtshof mit Aufhebung der untergerichtlichen Verordnungen, die Erledigung des Amortisationsgesuches des A mit Abstandnahme von dem obigen Abweisungsgrunde verordnet.

---

## Nr. 4275.

### Unzulässigkeit der Forderung actorischer Caution in dem behufs Vollstreckung eines rheinpreußischen Urtheiles eingeleiteten Delibationsverfahren.

Entsch. v. 18. Oct. 1871, Nr. 12378 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 20. Juni 1871, Nr. 69408, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 2. August 1871, Nr. 14461). G. H. 1871, S. 383.

Auf das Gesuch des A in Köln, welcher beim dortigen H. G. gegen B in Wien das Erkenntniß auf Zahlung von 226 Thalern erwirkt hatte, um Execution des Urtheils in Oesterreich hatte das Wiener H. G. nach dem Hofdcr. vom 4. August 1840, J. G. S. Nr. 460, zur Prüfung der Rechtskraft des Erkenntnisses und der Zulässigkeit des gestellten Begehrens Tagfahrt angeordnet, bei welcher B die Auflage der actorischen Caution an den A forderte. Das H. G. bewilligte dieses Begehren; von dem O. L. G. wurde dasselbe abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung, weil der von A nach dem citirten Hofdecrete gestellte Antrag auf Execution sich nicht als eine Klage im Sinne des §. 406 a. G. O. darstellt, daher B die Sicherstellung der Kosten nach diesem Paragraphe nicht fordern kann.

---

## Nr. 4276.

### Anwendbarkeit der bei Handelsgerichten geltenden Fristen auf daselbst schwebende Excindirungsprocesse.

Entsch. v. 18. Oct. 1871, Nr. 12851. Jur. Bl. 1872, Nr. 23.

Gegen die wechselrechtliche Execution, welche die Firma B bei dem H. G. auf Mobilien des C geführt hatte, trat die A als angebliche Eigenthümerin der Mobilien bei dem H. G. mit der Excindirungsklage auf. Nach durchgeführter Verhandlung erkannte das Gericht auf einen beklagterseits angebotenen Beweis durch Sachverständige, welchen die Beklagte innerhalb der allgemeinen, nicht der durch §. 9 des Patentes vom 9. April 1782, J. G. S. Nr. 41 (3 Tage nach Verlauf des auf 8 Tage herabgesetzten Termines für die Appellation) gekürzten Beweisantretungsfrist antrat, indem sie der Meinung war, daß für diesen Excindirungsproceß, welcher, ohne eine Handels- oder Wechselsache zu sein, nur wegen des zufälligen Umstandes, daß die vindicirten Gegenstände in wechselrechtlicher Execution gepfändet wurden, vor das handelsgerichtliche Forum kam, keineswegs aber Gegenstand eines causalgerichtlichen Verfahrens werden konnte, die Vorschriften des gewöhnlichen Processes, mithin auch die Fristen des letzteren zu gelten haben.

Allein der oberste Gerichtshof, dem die Frage im Recurswege vorgelegt wurde, entschied, daß das für die Competenz des H. G. maßgebende Patent vom 9. April 1782, J. G. S. Nr. 41 (Verfahren in Handelsstreitigkeiten), auch auf den die Durchführung einer Wechselforderung betreffenden Erscindirungsstreit Anwendung hat, daher die obige Beweisantretung nicht als rechtzeitig überreicht angesehen werden kann.

---

## Nr. 4277.

### Nichthaftung des die Concurseröffnung erwirkenden Gläubigers für die Kosten der Edicte.

Entsch. v. 18. Oct. 1871, Nr. 12895 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Troppau v. 12. Mai 1871, Nr. 4499 und des O. L. G. Brünn v. 29. August 1871, Nr. 9842). G. H. 1871, S. 386.

Das Concursgericht hob den auf Einschreiten des Gläubigers A gegen B eröffneten Concurs wegen Mangels eines Vermögens auf mit dem Auftrage an A, die Kosten der Einschaltung der Edicte der Concurseröffnung und der Aufhebung in der Landeszeitung zu zahlen. — Das O. L. G. bestätigte diesen Auftrag.

Der oberste Gerichtshof entschied, daß A diese Kosten nicht zu zahlen habe und daß wegen der Berichtigung derselben das Weitere zu verfügen sei, weil diese Gebühren Masseschulden sind, deren Zahlung nur aus dem Concursvermögen erfolgen kann, und weil, wenn dieselbe nicht möglich ist, wegen deren Zahlung beziehungsweise Abschreibung nach dem Justizministerialerlaß vom 22. Juni 1869, Nr. 7614, Verfügung zu treffen ist, die Berichtigung aber, bei dem Mangel einer gesetzlichen Bestimmung, dem Gläubiger, der um die Concurseröffnung angesucht hat, nicht auferlegt werden kann.

---

## Nr. 4278.

### Nichteinmischung des Abhandlungsgerichtes in den Streit der Erben über den Rechtsbestand der in das Inventar aufgenommenen Forderungen des Erblassers.

Entsch. v. 19. Oct. 1871, Nr. 12411 (Abänd. der Decr. des B. G. Warnsdorf v. 9. Juni 1871, Nr. 3476 und des O. L. G. Prag v. 31. Juli 1871, Nr. 25710). G. H. 1872, S. 10.

In dem Inventare des von M hinterlassenen, von ihren gesetzlichen Erben angetretenen Erbvermögens waren einige hypothekarisch

versicherte Forderungen des Erblassers gegen A, einen der Erben, aufgenommen worden, von denen der Letztere unter Vorlage der Quittung des M behauptete, daß sie schon gezahlt, daher aus dem Inventar zu eliminiren seien, wogegen die andern Erben B, C und D bei der betreffenden Verhandlung (außer Streitsachen) protestirten, da sie die producirte Quittung nicht für echt hielten. — Das Abhandlungsgericht glaubte nun die gepflogene Verhandlung durch den an B, C und D erlassenen Auftrag erledigen zu sollen, gegen A binnen 30 Tagen die Klage auf Ungiltigerklärung der Quittung, bei sonstiger Nichtberücksichtigung der angeblich quittirten Forderungen, anzustellen. — Von dem O. L. G. wurde umgekehrt A mit seinem auf Grund der Quittung gestellten Anspruch gegen die genannten Miterben auf den Rechtsweg gewiesen.

Der oberste Gerichtshof hat mit Abänderung beider Verordnungen entschieden: es seien sämmtliche Erben von den in der gepflogenen Verhandlung abgegebenen Erklärungen mit dem Beisatze zu verständigen, daß ihnen überlassen bleibe, in Betreff der fraglichen Activposten des Inventars das Weitere zu veranlassen, und daß, so lange über die Giltigkeit der bestrittenen Forderungen ein Ausspruch im Rechtswege nicht erfolgt ist, deren Ausscheidung aus dem Inventare nicht stattfinden könne. Gründe: Der Abhandlungsrichter hat keinen Beruf, den Gläubiger oder den Schuldner auf den Rechtsweg zu verweisen, wenn eine in dem Nachlaßinventare einbezogene Forderung des Erblassers bestritten wird, sondern er hat, sobald die Voraussetzungen der Einantwortung vorhanden sind, das Erbsvermögen, wie es sich eben befindet, einzuantworten. Die vorgängige Richtigstellung einer bestrittenen Activforderung ist aber kein Requisit der Einantwortung, da auch zweifelhafte Rechte eingeantwortet werden können. Konnten sich also die Interessenten B, C und D mit dem Interessenten A als Schuldner der Activposten im Verfahren außer Streitsachen über deren Richtigkeit nicht einigen, so muß beiden Theilen überlassen werden, nach ihrem Ermessen vorzukehren. Die Ausscheidung der Forderungen aus dem Inventare kann, da sie grundbücherlich haften, ohne Zustimmung der Erbsinteressenten nicht erfolgen.

---

## Nr. 4279.

### Einfluß der Klage um Wiedereinsetzung ob noviter reperta auf Antritt und Rückschiebung des durch das frühere Urtheil sententionirten Haupteides.

**Entsch. v. 19. Oct. 1871, Nr. 12853 (Best. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 17. Juli 1871, Nr. 83788 und des O. L. G. Wien vom 23. August 1871, Nr. 17202). Jur. Bl. 1872, Nr. 30.**

Gegen das Urtheil, wodurch in der Rechtssache des A wider B auf einen dem Beklagten rückschiebbar aufgetragenen Haupteid erkannt

worden war, begehrte B mittelst Klage die Restitution ob noviter reperta und sieben Tage nachher wurde von A der Haupteid als stillschweigend zurückgeschoben, angetreten. Gegen den Bescheid, mit welchem das Gericht die Eidesantretung aufrecht erledigte (durch Anberaumung einer Tagfahrt zur Prüfung der Eidformel durch die Parteien), ergriff B den Recurs, indem er ausführte, daß die für proceßentscheidend gehaltenen Thatsachen in Folge seiner neuen Behelfe ganz bedeutungslos geworden seien, daher der Kläger zur Abschwörung des Eides über einen nicht mehr relevanten Umstand nicht zugelassen werden dürfe; daß der sententionirte Eid nicht als stillschweigend zurückgeschoben anzusehen sei, da aus der Anstellung der Restitutionsklage auf die Zurückschiebung nicht geschlossen werden könne; daß endlich die Vorschriften der Hofdecrete vom 25. August 1783, Nr. 179 lit. f, vom 14. November 1785, Nr. 495 und vom 1. December 1788, Nr. 925 der J. G. S., wornach durch das angebrachte Klagerecht um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand das Verfahren und die Execution nicht gehemmt werden soll, sich nur auf ein unbedingtes, nicht aber auf ein von der Ablegung eines Eides abhängiges Urtheil beziehen.

Das O. L. G. verwarf den Recurs und der oberste Gerichtshof wies den a. o. Revisionsrecurs mit der Begründung zurück, daß das Gericht erster Instanz keinesfalls von amtswegen auf die angebrachte Restitutionsklage des B bei der Erledigung der später überreichten Eidesantretung des A Bedacht nehmen und letztere ohne Weiteres zurückweisen durfte, und daß in der Annahme der Eidesantretung von Seite des Gerichtes eine Ungerechtigkeit um so weniger gefunden werden kann, als B weder in der Restitutionsklage noch abgesondert ein auf Antretung des Eides bezügliches Begehren gestellt hat, obgleich er wissen mußte, daß, nachdem er den ihm aufgetragenen Eid nicht angetreten hatte, der Gegner ihn für stillschweigend zurückgeschoben halten und daher antreten mußte.

---

## Nr. 4280.

### Voraussetzungen der Sequestration wegen streitigen Besitzes.

**Entsch. v. 24. Oct. 1871, Nr. 11097 (Best. des das Decr. des B. G. Knin v. 6. März 1871, Nr. 533, abänd. Decr. des O. L. G. Zara v. 1. Juli 1871, Nr. 3668). Gazz. dei Trib. 1872, Nr. 9.**

A hat den Weingarten des M, der wegen einer Schuld desselben seinen Erben gegenüber in Execution gezogen worden war, bei der Feilbietung erstanden und ist nach erfolgter Adjudication von dem Gerichte im September 1870 in den Besitz immittirt worden. Bald darauf entsendete er Arbeiter nach dem Weingarten, die von der B, Witwe des M, mit Hilfe von Dienern vertrieben wurden. Damit

nicht zufrieden, belangte die B, welche seit dem Tode ihres Mannes — 1867 — den Weingarten als Fruchtnießerin inne hat, im October 1870 den A in possessorio summariissimo wegen Besitzstörung. Ihre Klage wurde aufrecht verbeschieden und schon im Klagebescheide dem A jede Ingerenz in dem Grundstücke bei Geldstrafe untersagt. Einige Tage nachher trat aber auch A mit einer Besitzstörungsklage gegen die B auf, worin er den Umstand, daß sie den Weingarten bewachen läßt und jede Ingerenz in demselben verwehrt, als eine Störung seines durch die Immission erlangten Besitzes bezeichnete und ebenfalls um die Erlassung des Verbotes der Bearbeitung u. s. w. bis zur Proceßentscheidung an die B bat. Das Gericht leitete auch auf diese Klage das Verfahren ein, ohne jedoch das von A begehrte Verbot zu erlassen. Als nun im Frühjahre 1871 die Zeit zur Bestellung des Weingartens gekommen war, begehrte A gegen die B, unter Vorlage des über seine Immission in den Besitz aufgenommenen Protokolls und beider Besitzstörungsklagen, nach §. 387 westgal. G. O. die Sequestration des Weingartens, indem er der B auch Caution für ihren Schaden anbot. — Auf dieses Gesuch wurde von dem Gerichte erster Instanz Tagfahrt zur Verhandlung mit den Parteien angeordnet. Das O. L. G. hingegen hat die Sequestrationsbitte des A a limine abgewiesen, weil im §. 387 westg. G. O. die Anhängigkeit eines ordentlichen Processes über das zwischen den Parteien streitige Besitzrecht vorausgesetzt werde, wogegen für die Streitigkeiten wegen gestörten Besitzes durch die a. h. Resolution vom 2. März 1830 für Dalmatien ein besonderes Verfahren eingeführt sei (Gubern.-Kundm. v. 9. November 1830 in der dalmat. Prov. G. S. von 1830, Nr, 144), dessen Bestimmungen im §. 10 (gleichlautend mit §. 10 der kaiserl. Verordn. vom 12. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12) über die Sequestration der streitigen Sache durch das von A angebrachte Gesuch elidirt würden.

Auf den Revisionsrecurs des A, worin er nachzuweisen versuchte, daß die Vorschrift des §. 387 westg. G. O. Anwendung zu finden habe, weil der §. 10 des citirten Gesetzes über das Verfahren in Besitzstörungssachen in dem hier vorliegenden Falle der Streitigkeit der Frage, welche der Parteien sich im echten Besitze der Sache befinde, die Sequestration der Sache nach §. 347 a. b. G. B. vorschreibe, diesem Paragraphe aber der §. 387 westg. G. O. vollkommen entspreche, — hat der oberste Gerichtshof die Entscheidung des O. L. G. mit der Begründung bestätigt, daß nach Inhalt der vom Recurrenten selbst angestellten Besitzstörungsklage die B den fraglichen Weingarten bewachen läßt und Jedermann die Ingerenz in demselben verwehrt, hiermit aber ihr thatsächlicher und ausschließlicher Besitz des Weingartens bewiesen und deshalb die Sequestration nach §. 387 westg. G. O. unzulässig ist.

---

## Nr. 4281.

### Materielle und formelle Voraussetzungen der sachlichen Haftung für Besitzveränderungsgebühren.

Entsch. v. 24. Oct. 1871, Nr. 12778 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Marburg v. 1. Mai 1871, Nr. 7404 und des O. L. G. Graz v. 26. Juli 1871, Nr. 9066). G. H. 1872, S. 391.

Im Jahre 1868 verkaufte C seine Liegenschaft dem D; allein noch vor der grundbücherlichen Umschreibung wurde dieselbe in der gegen C geführten Execution zur gerichtlichen Versteigerung gebracht, und von B erstanden. Bei der Vertheilung des Meistgebotes war aber die mit 112 fl. bemessene Besitzveränderungsgebühr für den ersten Verkauf — von C an D — unberücksichtigt geblieben, da die Steuerbehörde, obgleich verständigt, die Anmeldung unterlassen hatte. Nun begehrte das Steueramt in einem gegen D gerichteten Gesuche die Einverleibung des executiven Pfandrechtes für den Gebührenausstand von 112 fl. bei der erwähnten Liegenschaft.

Das von beiden Untergerichten bewilligte Gesuch wurde in dritter Instanz in der Erwägung abgewiesen, daß dasselbe schon aus dem formellen Grunde unzulässig ist, weil gegen D, wider welchen es angebracht wurde, eine executionsfähige Urkunde nicht vorliegt; daß zwar nach §. 72 des kaiserl. Patents vom 9. Februar 1850, R. G. Bl. Nr. 50, und nach den §§. 13 und 14 des Finanzministerialerlasses vom 3. Mai 1850, R. G. Bl. Nr. 181, die Gebühr für Vermögensübertragungen auf der unbeweglichen Sache mit dem Vorrechte vor allen privatrechtlichen Forderungen haftet, dieses Vorrecht aber nur auf dem gesetzlich vorgeschriebenen Wege zur Geltung gebracht werden kann; daß daher auch die Durchführung der sachlichen Haftung gegen eine executiv veräußerte Liegenschaft nur unter Anwendung der in der Gerichtsordnung vorgeschriebenen Mittel zuläßig ist, zumal entgegengesetzten Falles das Privilegium des Steuerärars einen nebensächlichen, die Privatrechte willkürlich umstaltenden Einfluß äußern würde, was mit den Grundsätzen der Gerechtigkeit und den Grundlagen der staatlichen Rechtsordnung in offenbarstem Widerspruch stände; daß es nicht von dem Belieben der gehörig verständigten Steuerbehörde abhängen kann, durch Unterlassung der ordentlichen Anmeldung eines Gebührenausstandes bei den die Meistgebotsvertheilung vorbereitenden Tagfahrten die gesetzlich genau bestimmte Zahlungspflicht des Erstehers um den Betrag der nicht angemeldeten Gebühr zu erhöhen; und daß der Steuerbehörde auch gerichtsordnungsmäßige Mittel zu Gebote stehen, um die durch ein Versehen derselben entstandenen Schwierigkeiten der Geltendmachung des gesetzlichen Vorrechtsanspruches zu beseitigen.

## Nr. 4282.

### Collision von Erbserklärungen: Vertheilung der Parteirollen.

**Entsch. v. 24. Oct. 1871, Nr. 13010 (Best. des das Decr. des B. G. Wildenschwert v. 8. August 1871, Nr. 4473, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 4. Sept. 1871, Nr. 30203). G. H. 1872, S. 85.**

In der Collision der Erbserklärung der Testamentserbin des M mit jener der Intestaterben, welche die Echtheit des Testamentes bestritten hatten, wurden von dem O. L. G. die Letzteren zur Vertretung des Rechtsweges als Kläger in dem Erbrechtsstreite aus folgenden Gründen angewiesen: Nach §. 126 des Patentes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, hat gegen den Erben aus einer in gehöriger Form errichteten und hinsichtlich der Echtheit unbestrittenen Erklärung des letzten Willens Jedermann, dessen Anspruch nur auf der gesetzlichen Erbfolge beruhet, als Kläger aufzutreten. Das Testament des M ist in gehöriger Form errichtet; die Intestaterben haben zwar die Giltigkeit und Echtheit desselben widersprochen, allein das Testament wird nicht schon durch diesen einfachen Widerspruch, sondern erst durch den Nachweis der Ungiltigkeit bestritten, was auf dem ordentlichen Rechtswege und zwar von Seite der Intestaterben, welche die Ungiltigkeit und Unechtheit behaupten (§. 104 a. G. O. und §. 1487 a. b. G. B.), umsomehr zu geschehen hat, als ihr Erbrecht erst nach der Ungiltigerklärung des Testamentes eintritt.

---

## Nr. 4283.

### Schenkung oder Vergleich?

**Entsch. v. 25. Oct. 1871, Nr. 7121 (Best. des das Urth. des B. G. Stockerau v. 13. Oct. 1870, Nr. 4995, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 16. Februar 1871, Nr. 1965). Jur. Bl. 1872, Nr. 2.**

Die A hatte an die Verlassenschaft ihrer Mutter M, resp. an den überlebenden Ehegatten der Letzteren, B, Ansprüche erhoben, für die sie sich von ihm durch das mündliche Versprechen von 200 fl. und einiger Mobilien abfinden ließ. Ihre auf Erfüllung der Zusage gerichtete Klage gegen B wurde in erster Instanz abgewiesen, weil die Klägerin selbst anführte, daß die Verlassenschaft der M überschuldet war und sie daher aus dem Titel des Erbrechtes nichts davon fordern könne, mithin das Versprechen des Beklagten eine Schenkung sei, aus welcher, da sie mündlich geschlossen wurde, ihr kein Klagerecht erwuchs. — In zweiter Instanz wurde dem Klagebegehren stattgegeben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das letztere Urtheil aus folgenden Gründen: Das O. L. G. hat mit Recht in dem Uebereinkommen einen den B auch ohne Urkunde bindenden Vertrag und

einen Vergleich über die Ansprüche der A auf einen Theil des von ihm übernommenen Nachlasses ihrer Mutter erkannt, da die vernommenen Zeugen bestätigten, daß B, um die A in Betreff ihrer Ansprüche an die Verlassenschaft gänzlich abzufertigen, zur eingeklagten Leistung sich verpflichtete und es sich aus dem ganzen Vorgange ergibt, daß von einer Seite ein Anspruch erhoben und von der andern Seite nur mit Rücksicht auf diesen, wenn auch bestrittenen Anspruch, eine Leistung zugesagt wurde, so daß in dem Sichbegnügen der A mit dieser Leistung eine die Annahme einer Schenkung des B ausschließende Gegenleistung derselben zu erblicken ist, durch die B gegen weitere Ansprüche der A geschützt sein sollte.

---

## Nr. 4284.

### Vertragsmäßige Haftung für die Richtigkeit und Einbringlichkeit einer cedirten, bereits verpfändeten Hypothekarforderung.

**Entsch. v. 26. Oct. 1871, Nr. 1886 (Best. des das Urth. des B. G. Libochowitz v. 10. Nov. 1870, Nr. 6745, abänd. Urth. des O. L. G. Prag vom 20. Dec. 1870, Nr. 43573). G. H. 1871, S. 379.**

Für ein Darlehen von 438 fl. hatte die B dem Darleiher A den gleichen Betrag aus ihrer pfandrechtlich versicherten Forderung von 800 fl. cedirt und ihm dabei ausdrücklich versprochen, die Richtigkeit und Einbringlichkeit der cedirten Forderung gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten. Darauf wurde die Forderung von 800 fl. wegen einer vor der Cession intabulirten Schuld der B an C in Execution gezogen und gerichtlich versteigert. Da nun bei der Vertheilung des Meistgebotes nach der Zahlung der intabulirten Forderung des C für den A nur 396 fl. übrig blieben, belangte er die B auf Zahlung des 42 fl. betragenden unbedeckten Restes der 438 fl. Auf die von der Beklagten dagegen vorgebrachten Einwendungen wurde A in erster Instanz mit der Klage abgewiesen, weil er die Uneinbringlichlichkeit der ihm cedirten Forderung nicht nachgewiesen, zumal durch den executiven Verkauf der Forderung nur das Pfandrecht, nicht die Forderung selbst verloren gegangen sei und weil er die Zahlung von dem persönlichen Schuldner bisher noch nicht verlangt habe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das der Klage stattgebende Urtheil der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: Es handelt sich hier nicht um die Haftung für die Einbringlichkeit der cedirten Forderung bei dem Schuldner und Besitzer der Pfandsache, bezüglich dessen die Uneinbringlichkeit gar nicht behauptet wurde, sondern um die Frage: ob die B als Cedentin dem Cessionar A dafür Gewähr leisten müsse, daß ihre Forderung, von der sie ihm einen Theil abgetreten hat, auf Einschreiten ihres Gläubigers C in die Execution

gezogen, gerichtlich verkauft und dadurch ein Theil des dem A davon cedirten Betrages ihm entzogen wurde. Diese Frage ist bejahend zu entscheiden, weil die A in der Cessionsurkunde ausdrücklich und ohne irgend welche Beschränkung sich verpflichtete, die Einbringlichkeit der cedirten Forderung gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten und die für gewisse Fälle eintretenden gesetzlichen Bestimmungen über die Vertretungsleistung und Haftung bei Cessionen keine Anwendung auf jene Fälle haben, wo in dieser Hinsicht ein bestimmtes Uebereinkommen von den Parteien getroffen wurde, welches allein für sie maßgebend ist.

---

## Nr. 4285.

### Eidesdelation an den Fiscus.

Entsch. v. 26. Oct. 1871, Nr. 5747 (Best. des das Urth. des B. G. Leopoldstadt in Wien v. 3. Oct. 1870, Nr. 14915, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 4. Februar 1871, Nr. 25348). G. H. 1872, S. 31.

In dem Processe der A gegen die n. ö. Finanzprocuratur in Vertretung des Fiscus wegen Eigenthums der Klägerin an den für eine Forderung des Fiscus gegen C bei demselben gepfändeten Mobilien und Aufhebung der Execution, erkannte das Gericht erster Instanz nach dem Klagebegehren für den Fall, daß die Finanzprocuratur durch die von ihr namhaft zu machende Person den Haupteid, daß die A die fraglichen Mobilien nicht durch Geschenk, resp. Kauf erworben habe, nicht ablegt. — Das O. L. G. erkannte, mit Beseitigung des Haupteides, aus folgenden Gründen auf Abweisung der Klage: Schon in den Motiven der ersten Instanz ist die Unzulänglichkeit der von der A beigebrachten schriftlichen Beweismittel dargethan. Was nun den von ihr subsidiarisch aufgetragenen Haupteid anbetrifft, so hat sie in der Klageschrift nicht gesagt, daß sie den Eid der Finanzprocuratur auftrage, und aus der Replik ergibt sich, daß sie denselben dem Fiscus auftrug, als dessen Vertreter die Finanzprocuratur einschritt. Der Finanzprocuratur, die nicht Streittheil, sondern Vertreterin des einen Streittheiles ist, kann aber der Haupteid nicht in dem Sinne aufgetragen werden, daß sie denselben durch eine von ihr namhaft zu machende Person abzulegen habe, sondern nur so, daß der Eid von dem Fiscus durch eine zu benennende Person abzuleisten sei. In der letzteren Art ist aber die Eidesauftragung in diesem Processe deshalb nicht zuläßig, weil der Fiscus nicht in der Lage ist, eine Person bezeichnen zu können, die von den zu beschwörenden Thatsachen Kenntniß hätte.

Auf die Revisionsbeschwerde der Klägerin, worin sie die Zuläßigkeit der Eidesdelation an den Fiscus, als eine rechtsfähige juristische Person, geltend machte und dafür sich auch auf die Just.-Minist.-Verordn. vom 25. April 1856, Nr. 8911, berief, — bestätigte der oberste Gerichtshof das Urtheil der zweiten Instanz aus obigen Gründen.

---

## Nr. 4286.

## Substantiirung der das forum contractus begründenden Thatsachen.

**Entsch. v. 26. Oct. 1871, Nr. 8153 (Best. des das Urth. des B. G. Alt- und Neustadt Prag v. 14. Februar 1871, Nr. 182, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 24. April 1871, Nr. 10620). G. H. 1871, S. 357.**

In der bei dem städt.-deleg. B. G. der Alt- und Neustadt Prag als forum contractus angebrachten Klage der A gegen die in Leitmeritz domicilirte B peto. Zahlung von 23 fl., wurde von der Klägerin angeführt, daß die B für gekaufte Putzsachen ihr seit dem Jahre 1865 den Betrag von 23 fl., zahlbar in Prag, schuldig geworden sei. — Die Beklagte erhob dagegen die Einwendung der Unzuständigkeit des Gerichtes, welcher von dem obersten Gerichtshofe aus folgenden Gründen stattgegeben wurde: Wenngleich zur Begründung des Gerichtsstandes des Vertrages die Beibringung einer Urkunde nicht nothwendig und bei der Erledigung der Klage der den Gerichtsstand begründenden Anführung des Klägers ohne Weiteres Glauben zu schenken ist (§. 2. J. N.), so ist es doch immer Sache des Klägers, die Thatsachen, worauf er das forum contractus gründen will, vorzubringen. Dies hat die A in dem vorliegenden Falle nicht gethan; sie behauptete nur, daß der eingeklagte Betrag in Prag zahlbar sei; diese Behauptung ist nur ein Schluß aus Thatsachen, die Thatsachen aber, aus denen die Klägerin den Schluß zog, hat sie nicht angegeben, weshalb zur Verweisung der Klage an den zuständigen Richter vollkommen genügt, daß die Beklagte der ungegründeten Behauptung der Klägerin bezüglich des Gerichtsstandes einfach widersprach.

---

## Nr. 4287.

## Besitzstörung durch Veränderung der Benützung des nachbarlichen Grundstückes?

**Entsch. v. 26. Oct. 1871, Nr. 12188 (Best. des Decr. des B. G. Karolinenthal v. 12. Juli 1871, Nr. 15511, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 16. August 1871, Nr. 27896). G. H. 1872, S. 47.**

Die in possessorio summariissimo angestellte Klage des Lack- und Firnißerzeugers A wider die Gemeinde der Stadt B wegen Besitzstörung war darauf gegründet, daß die Gemeinde aus ihrem an den Besitz des Klägers grenzenden Felde einen Platz zur Ablagerung des Stadtkehrichts machte und die Ablagerung vollziehen ließ, wodurch A in der Ausübung seines Gewerbes und C in der Ausübung des ihm von A verpachteten Schankgewerbes beeinträchtigt werde. — Dem in erster Instanz abgewiesenen Klagebegehren wurde in zweiter Instanz stattgegeben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung. Gründe: Eine Störung des klägerischen Besitzes in der Lack- und Firnißerzeugung und im Betriebe des Schankgewerbes könnte in der Benützung des angrenzenden Feldes der Gemeinde B durch dieselbe zur Kehrichtablagerung nach §§. 354 und 313 a. b. G. B. nur dann gefunden werden, wenn A sich in den Besitz des Untersagungsrechtes gesetzt hätte, was er selbst nicht behauptet hat. Ob aber die beklagte Gemeinde durch die erwähnte Verwendung ihres Feldes, die den A in der Ausübung seiner Gewerbe beeinträchtigt haben soll, die rechtlichen Schranken ihrer Eigenthumsbefugnisse (§§. 364 und 1305 a. b. G. B.) überschritten habe, ist eine nicht in possessorio summariissimo, sondern auf dem ordentlichen Proceßwege zu entscheidende Frage.

---



## Nr. 4288.

### Exceptio rei judicatae: Basirung des erneuerten Eigenthumsanspruches auf einen andern Erwerbungsgrund.

Entsch. v. 27. Oct. 1871, Nr. 11696 (Best. des das Urth. des B. G. Pilsen v. 12. Mai 1871, Nr. 5789, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 31. Juli 1871, Nr. 23807). G. Z. 1872, Nr. 18.

Die im Jahre 1871 angebrachte Klage des A wider B wegen Eigenthums an Mobilien, woran B gegen seinen Schuldner C im Jahre 1869 das executive Pfandrecht erwirkt hatte, um deren Entpfändung wurde vom Kläger auf die durch Kauf, Erbgang und Schenkung vermittelte Erwerbung des Eigenthums gegründet. B setzte der Klage die exceptio rei judicatae entgegen, indem er sich auf den von A gegen ihn geführten Proceß berief, worin jener aus dem Grunde der 30jährigen Ersitzung das Eigenthum der nämlichen Mobilien in Anspruch genommen und die Excindirung derselben aus der Pfändung gefordert hatte, jedoch, nach Inhalt der vom obersten Gerichtshofe gebilligten Motive der zweiten Instanz, wegen Mangels der gesetzlichen Erfordernisse der Ersitzung unterlegen war. — Das Gericht erster Instanz hat die Einrede des Beklagten aus folgenden Gründen abgewiesen: Zur Begründung der exceptio rei judicatae wird, nebst der hier zweifellos vorhandenen subjectiven Identität des früheren und des gegenwärtigen Rechtsstreites (inter easdem personas), die objective Identität erfordert, welche in der Identität des den Gegenstand des einen und des anderen Processes bildenden Rechtes besteht. Da nun die Rechte nach Inhalt, Gegenstand und Entstehungsgrund verschieden sein können, so ist, wenn die Verschiedenheit auch nur in einem jener Punkte vorliegt, die objective Identität und damit die Einrede der entschiedenen Streitsache ausgeschlossen. Dieser Fall tritt aber hier ein, wo zwar Inhalt und Gegenstand des in beiden Klagen ange-

sprochenen Rechtes derselbe, allein der Entstehungsgrund — einmal Ersitzung, später Tradition in Folge Kaufs u. s. w. — verschieden ist. — Vom O. L. G. wurde der exceptio rei judicatae stattgegeben. Gründe: Der Kläger selbst hat zugestanden, im ersten Proceß mit seinem Anspruch nicht blos zur Zeit, sondern definitiv abgewiesen worden zu sein. Die Verschiedenheit des in der Klage angeführten Erwerbsgrundes, mit welcher er sich gegen die exceptio rei judicatae schützen will, ist ohne Belang, weil darin nur eine Verbesserung der früheren, mangelhaft instruirten und rechtskräftig abgewiesenen Klage liegt und nach Hofdcr. vom 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 620 lit. e, es durchaus unzulässig ist, die früher abgewiesene Klage nochmals anzubringen, um den Proceß besser führen zu können.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Erkenntniß aus dessen Gründen.

---

## Nr. 4289.

### Vorgang behufs Vollstreckung einer im nichtstreitigen Verfahren ergangenen Verfügung preußischer Gerichte.

**Entsch. v. 31. Oct. 1871, Nr. 13016 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 5. August 1871, Nr. 44838, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 6. Sept. 1871, Nr. 18264). G. Z. 1871, Nr. 99.**

Das königl. preußische Gericht Danzig erließ in Sachen des A gegen seine in Wien weilende Gattin die Resolution: daß dem Provocanten A das Recht der Erziehung an seinem im Jahre 1867 geborenen Kinde C zuzusprechen und dem gemäß die Provocatin B gehalten sei, demselben das Kind zur Uebernahme in die eigene Erziehung herauszugeben. Das genannte Gericht wendete sich sohin unter Anschluß dieser als rechtskräftig und vollstreckbar erklärten Entscheidung an das L. G. Wien mit dem Ersuchen, falls Provocant zur Wahrnehmung seiner Rechte sich melden sollte, der Provocatin im Wege der Execution das Kind abzunehmen und es dem ersteren zu übergeben. Als nun A um die Execution einschritt, bewilligte das L. G. auf Grund der erwähnten rechtskräftigen Entscheidung die executive Abnahme des Kindes und dessen Uebergabe an A und verordnete den Vollzug durch den Amtsdiener. — Bevor noch dieser Bescheid der Mutter zugestellt worden war, überreichte diese eine Eingabe, worin sie um Sistirung der Execution bat, sich darauf berufend, daß es sich nicht um die Vollstreckung eines ausländischen Urtheiles, sondern um den Vollzug der Verfügung eines fremden Gerichtes in Angelegenheiten des nichtstreitigen Rechtsverfahrens handelt und nur den ausländischen Erkenntnissen im Streitverfahren, nicht aber anderen Entscheidungen die Sanction des executiven Vollzuges zu Gute kommt;

auch stehe die Reciprocität seitens der ausländischen Behörde in derlei Fällen in Frage und sei daher vorerst der Beweis derselben beizubringen. Auf diese Eingabe wurde von dem L. G., ohne der Executionssistirung stattzugeben, zur Verhandlung über die Frage, ob dem A der Nachweis der Reciprocität im concreten Falle obliege, Tagsatzung unter Zuziehung beider Theile angeordnet. Die B recurrirte gegen diesen Bescheid und gegen die Executionsbewilligung an das O. L. G., welches in Erwägung, daß das Resolut sich unzweifelhaft als eine Verfügung in Curatelangelegenheiten darstellt und auf derlei Verfügungen, falls sie von ausländischen Behörden ergehen, auch die Execution nach Vorschrift der Gerichtsordnung zufolge §. 19 des kaiserl. Patentes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, geführt werden kann; daß im Falle diese Anordnung auf derlei ausländische, insbesondere königl. preußische Verfügungen Anwendung fände, die Competenz des L. G. nach §. 70 der J. N. vom 20. November 1852, R. G. Bl Nr. 251, allerdings bedründet wäre; daß aber andererseits das Hofdcr. vom 4. August 1840, J. G. S. Nr. 460, Urtheile, welche im Verfahren in Streitsachen ergangen sind, betrifft und es hienach zweifelhaft bleibt, ob dieses Hofdecret auch auf Resolute königl. preußischer Gerichte im Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen Anwendung findet; daß insbesondere nicht vorliegt, daß die königl. preußischen Gerichte auch hierländige, im letzteren Verfahren ergangene Verfügungen im Executionswege vollziehen, deshalb in dieser Beziehung volle Reciprocität nachzuweisen wäre; daß das L. G. die executive Kindesabnahme verfügt hat, ohne sich von deren Durchführbarkeit früher zu überzeugen, — die angefochtenen Bescheide aufhob und verordnete, daß zunächst zur Anhörung der Parteien über die Exequirbarkeit königl. preußischer Resolute im Verfahren außer Streitsachen und den Nachweis der Reciprocität Tagsatzung angeordnet und nach deren Ergebniß entschieden werde, ob die Execution zu vollziehen sei.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung, weil in der in Rede stehenden Angelegenheit Fragen der ausländischen und inländischen Gerichtscompetenz, der Executionsfähigkeit von Verfügungen eines ausländischen Gerichtes und der Art des Vollzuges der Execution vorläufig der Prüfung und Lösung zu unterziehen waren, welche füglich nicht ohne Vernehmung der dabei betheiligten Personen geschehen konnte.

## Nr. 4290.

### Internationales Privatrecht: Paternitäts- und Alimentationsklage einer Ausländerin gegen einen (in Oesterreich wohnenden) Ausländer. Beweis der Vaterschaft.

Entsch. v. 31. Oct. 1871, Nr. 13025 (Abänd. der **gleichförmigen** Urth. des B. G. Marburg v. 31. Dec. 1865, Nr. 10836 und des O. L. G. Graz v. 1. August 1866, Nr. 7782). G. H. 1871, S. 395.

Gegen die Klage der A um Ersatz der von ihr bestrittenen Kosten der Verpflegung und Erziehung ihres unehelichen Kindes C wendete der als Vater belangte B ein, daß die Klage unstatthaft sei, weil Beklagter ein Ausländer und die Klägerin würtembergische Staatsbürgerin ist, auch die Zeugung des Kindes im Auslande erfolgt sein soll, daß also der Fall nicht nach dem österreichischen, sondern gemäß §§. 4 und 37 a. b. G. B. nach würtembergischem Gesetze zu entscheiden sei. Den Beweis der Vaterschaft führte die A durch einen Brief, worin B zu derselben sich bekannte. Dagegen erklärte B, daß der Brief sich nicht auf das von der Klägerin am .... geborene Kind C, sondern auf ein anderes Kind beziehe.

Dem von beiden Untergerichten abgewiesenen Klagebegehren hat der oberste Gerichtshof aus folgenden Gründen stattgegeben: Wenn auch — wie das O. L. G. meint — die Rechtsfolgen der Erzeugung des Kindes C vermöge der in den §§. 4 und 37 a. b. G. B. ausgesprochenen Grundsätze nach den Gesetzen von Würtemberg zu beurtheilen sind, so ist zu bemerken, daß der Beklagte in der Duplik ausdrücklich anerkannte, daß auch nach würtembergischem Rechte der Vater des unehelichen Kindes zur Bestreitung der Verpflegung desselben verpflichtet ist, daß mithin für die Klägerin die (von dem O. L. G. betonte) Nothwendigkeit einer weiteren Beweisführung in Betreff der einschlägigen Normen des würtembergischen Gesetzes wegfiel und daß, wenn der Beklagte behauptet, daß nach würtembergischem Gesetze der Beweis der Vaterschaft anders als nach dem österreichischen normirt sei, in dieser Beziehung außer jedem Zweifel steht, daß die formelle Frage des Beweises in einem vor österreichischen Gerichten geführten Processe in der Regel nur nach österreichischem Rechte zu beurtheilen ist, welches ohnehin durch Einzelbestimmungen (§. 112 lit. c a. G. O.) auf Verhältnisse anderer Länder gebührende Rücksicht nimmt. In dem Briefe des Beklagten, dessen Echtheit er nicht leugnete, ist nun die Vaterschaft desselben auf so bestimmte und zweifellose Weise anerkannt worden, daß es des Beweises durch Haupteid über die Thatsache der Beiwohnung nicht bedarf; und wenn der Beklagte behauptet, daß der Brief auf ein anderes Kind sich beziehe, so hatte er dies zu beweisen und ist, da er keinen Beweis dafür erbracht, die daraus abgeleitete Einwendung nicht zu berücksichtigen. Als Vater

des Kindes C war der Beklagte zunächst zur Verpflegung verpflichtet (§§. 166 und 167 a. b. G. B.); er hat daher die von der A für ihn bestrittenen Kosten der Verpflegung nach §. 1042 a. b. G. B. ihr zu ersetzen.

---

## Nr. 4291.

### Execution eines gegen einen Beamten ergangenen administrativen Ersatzerkenntnisses. Pfändung durch Anmerkung im Depositenbuch.

**Entsch. v. 31. Oct. 1871, Nr. 13074 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. der innern Stadt Wien v. 24. Juni 1871, Nr. 25471 und des O. L. G. Wien v. 3. August 1871, Nr. 15595). G. Z. 1871, Nr. 103.**

Durch Erkenntniß des Finanzministeriums war die Verlassenschaft des M, Rechnungsofficials des Fachrechnungsdepartements für die Staatsschuld, schuldig erklärt worden, dem Aerar den Schaden von 50.000 fl. in Noten verzinslicher Obligationen der einheitlichen Staatsschuld und zwar 40.000 fl. mit der Verzinsung vom 1. August 1870 und 10.000 fl. mit der Verzinsung vom 1. November 1870, dann einen baren Zinsenbetrag von 9433 fl. 37 kr. binnen 14 Tagen nach Zustellung dieses keinem weiteren Rechtszuge unterliegenden Erkenntnisses zu ersetzen, weil, wie es in der Begründung heißt, außer Zweifel gestellt sei, daß der Verstorbene fünf Stück Conventionsmünze-Verlosungsobligationen à 1000 fl. in die höhere Summe von 10.000 fl. umgeändert und dieselben sich angeeignet habe, und zufolge der Nachweisung des Fachrechnungsdepartements hiedurch ein Schaden in obiger Ziffer dem Aerar erwachsen sei. — Auf Grund dieses Erkenntnisses begehrte die Finanzprocuratur zur Einbringung der Ersatzforderung des Aerars die executive Pfändung des im Gerichtsdepositenamte erliegenden Verlassenschaftsvermögens, bestehend in Werthpapieren und Barschaft mittelst depositenamtlicher Vormerkung, welche in erster Instanz bewilligt wurde. Dagegen recurrirten die Erben des M, indem sie anführten, daß keinerlei Verordnung in Oesterreich von dem Grundsatze, daß der Richter die Execution nur auf Grund seines Erkenntnisses bewilligen könne, eine Ausnahme statuire, unter welche der vorliegende Fall subsumirt werden könnte; daß nur provisorische Sicherstellung gestattet sei; daß in dem Executionsgesuche auch die genaue Bezeichnung der Executionsobjecte fehle; daß Pfändung durch Anmerkung im Depositenbuche unzuläßig sei, und daß das Ersatzerkenntniß nur die Grundlage einer vor den ordentlichen Gerichten einzubringenden Klage sein könnte, indem sonst der Beschädigte Kläger und Richter in eigener Person wäre. — Das O. L. G. bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung.

Von dem obersten Gerichtshofe wurde der a. o. Revisionsrecurs mit folgender Begründung verworfen: Nach den a. h. Entschließungen vom 10. August 1841, kundgemacht mit Hofdcr. vom 16. August 1841, J. G. S. Nr. 555, und vom 11. December 1841 sind Forderungen des Staates an seine Beamten, welche lediglich aus dem Dienstverhältnisse abgeleitet werden, im administrativen Wege auszutragen, und sobald die Ersatzpflicht des Beamten durch eine keiner weiteren Berufung unterliegende administrative Entscheidung ausgesprochen ist, ist zum Behufe der Execution ein weiteres Erkenntniß einer Gerichtsbehörde nicht erforderlich. Soweit sich der Staat im administrativen Wege zahlhaft machen kann, bedarf es hiezu wohl auch einer gerichtlichen Verordnung nicht, nachdem aber hier der letztgedachte Weg nicht hinreicht und es sich darum handelt, Deckungs- und Zahlungsmittel in Angriff zu nehmen, welche vermöge ihrer Natur, wie in gerichtlicher Verwahrung befindliche Gegenstände, nicht anders als mit Hilfe des Gerichtes flüssig gemacht werden können, muß dem Staate auch eingeräumt sein, hiezu das Gericht in Anspruch zu nehmen, wie es bereits in zur Hereinbringung von öffentlichen Steuern, Abgaben und Gebühren und sonstigen durch politische und finanzielle Amtshandlungen verfügten Auflagen erlassenen Gesetzen vorgesehen ist, welche per analogiam nach §. 437 a. G. O. auch hier Anwendung zu finden haben, weil eben die Ertheilung des Privilegiums der administrativen Execution nicht andererseits eine das Executionsrecht wesentlich beschränkende und in vielen Fällen die Amtsgewalt der Administrativbehörden lähmende und das Ersatzrecht des Staates selbst vereitelnde Bestimmung in sich tragen kann. Auch wegen der Art der Formalisirung der executiven Pfändung, welche den für die Behandlung der gerichtlichen Depositen gegebenen Vorschriften (die auch im §. 537 der auf denselben Grundsätzen beruhenden provisorischen Civilproceßordnung für Ungarn vom Jahre 1852 ihren Ausdruck fanden) entspricht, hatten die Recurrenten keinen Anlaß zur Beschwerde.

---

## Nr. 4292.

### Bewilligung des gerichtlichen Augenscheines zum Zweck der Schätzung eines behufs Errichtung einer öffentlichen Brücke expropriirten Grundstückes.

**Entsch. v. 31. Oct. 1871, Nr. 13135 (Best. des das Decr. des L. G. Prag v. 8. Juli 1871, Nr. 18134, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 14. August 1871, Nr. 27610). G. Z. 1872, Nr. 24.**

A begehrte gegen den Fiscus die Vornahme eines Augenscheines mit Zuziehung von Experten zur Ermittlung des Werthes eines für den

Bau einer öffentlichen Brücke ihm abgenommenen Grundstückes, weil er mit der auf dem Verwaltungswege ausgemittelten Entschädigungssumme nicht zufrieden war und den Rechtsweg betreten wollte, um einen höheren Entschädigungsbetrag durchzusetzen. — Dieses Gesuch wurde nach vorgängiger Verhandlung der Parteien in erster Instanz abgewiesen, weil ein Beweis durch Kunstverständige zum ewigen Gedächtniß im Sinne des §. 188 a. G. O., als welcher sich der von A begehrte Augenschein darstellt, nach Hofdecret vom 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 620 lit. g, nur dann zu veranlassen ist, wenn entweder der Beweis wegen Gefahr im Verzug eilig vorgenommen werden soll, oder wenn nach Anhörung des Gegners sich zwischen den Parteien kein Widerspruch ergibt, diese Voraussetzungen aber hier nicht eintreten, da einerseits das Vorhandensein einer Gefahr im Verzug gar nicht behauptet worden ist, andererseits aber die Finanzprocuratur in Vertretung des Fiscus gegen die Zulassung des Augenscheines protestirt hat. — Vom O. L. G. wurde das Gesuch bewilligt, weil es sich hier um den Beweis durch gerichtlichen Augenschein zum Zweck der im Rechtswege zu erreichenden größeren Entschädigung für ein zum öffentlichen Straßenbau eingezogenes Grundstück, im Sinne der Hofdecrete vom 2. Mai 1818 und 11. October 1821 (Pol. G. S. Franz I. Bd. 46, Nr. 42 und Bd. 49, Nr. 151) handelt, welcher Beweis zwar nach der Gerichtsordnung zu führen ist, wozu aber weder die Bescheinigung einer Gefahr im Verzug noch die Zustimmung der Gegenpartei erfordert wird.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung mit dem Bemerken, daß dieselbe durch ihre Gründe und durch die Ministerialverordnungen vom 8. December 1855, Nr. 213 und 27. April 1859, Nr. 71 des R. G. Bl. gerechtfertigt ist; daß es sich hier um eine gerichtliche Schätzung handelt, welche dem A in der voraufgegangenen Verhandlung von der Verwaltungsbehörde ausdrücklich vorbehalten wurde, und bei solchen Schätzungen nach §. 201 a. G. O. zwar die Formen des Beweises zum ewigen Gedächtniß beobachtet werden, aber nicht die Bedingungen desselben eintreten müssen.

---

## Nr. 4293.

### Besitzstörungsklage wider einen in fremdem Namen Handelnden.

**Entsch. v. 31. Oct. 1871, Nr. 13154 (Best. des Decr. des B. G. Efferding v. 5. Jänner 1871, Nr. 3461, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 9. März 1871, Nr. 4982). G. H. 1872, S. 23.**

Die Eheleute A, Besitzer des Kirchmayrgutes zu X, belangten den B, Pfarrer zu X, in possessorio summariissimo, weil sie von ihm in der Benutzung des Friedhofsgrundes zur Aufstellung von Lei-

tern u. s. w., um das Dach ihres Hauses auf dem Kirchmayrgute zu repariren, behindert wurden. Da der Besitz dieses Benutzungsrechtes auf Seite der Kläger in der Verhandlung festgestellt wurde, entschied das Gericht erster Instanz nach dem Klagebegehren. — Auf den von B gemeinschaftlich mit der Finanzprocuratur in Vertretung der Pfarre ergriffenen Appellationsrecus hat das O. L. G. die Klage wegen mangelnder passiver Sachlegitimation des B abgewiesen; weil der Letztere einwendete, daß er die als Besitzstörung incriminirten Handlungen nicht für seine Person, sondern als Verwalter des Vermögens der Pfarrkirche zu X unternommen habe, das Factische dieser Einwendung als richtig erkannt werden müsse, wie sich schon aus der früher von der Finanzprocuratur in Vertretung der Pfarrkirche gegen die heutigen Kläger angestellten Klage wegen Besitzstörung durch die Benutzung des Friedhofsgrundes zum Zweck der Reparirung ihres Hausdaches ergebe, unter dieser Voraussetzung aber von ihnen die Person des Beklagten verfehlt sei.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung. Gründe: Ungeachtet der früheren obenerwähnten Besitzstörungsklage der Finanzprocuratur in Vertretung der Pfarrkirche, hatten die heutigen Kläger von ihrem Standpunkte, da sie die von B zur Verhinderung der Benutzung des Friedhofsgrundes unternommenen Handlungen nicht als den Ausfluß seines Kirchenverwaltungsbefugnisses, sondern als persönliche Uebergriffe und Eigenmächtigkeiten betrachten, nur Anlaß, den B persönlich und nicht die Pfarrkirche zu belangen. Wenn aber B jene Handlungen als nicht von seinem Individuum, sondern von der Pfarrkirche und deren Verwaltung als juristische Person ausgegangen darstellen wollte, so hatte er dies speciell zu beweisen und gleich in erster Instanz die entsprechende Vertretung durch diese juristische Person sich zu verschaffen, um die Kläger zu veranlassen, ihr Begehren wider eine andere Gegenpartei zu richten; und da dies nicht geschah, konnten sie um so mehr die Klage gegen das Individuum, welches die als Besitzstörung bezeichneten Acte unmittelbar unternommen hat, aufrecht erhalten — mit der selbstverständlichen Folge, daß die Entscheidung eben nur gegen dieses Individuum, nicht gegen die Pfarrkirche und deren Verwaltuug als abstract und selbstständig gedachte juristische Person Wirkung hat.

---

## Nr. 4294.

### Wegfall der Execution wegen eingetretener Unmöglichkeit der im Urtheile aufgetragenen Leistung.

Entsch. v. 31. Oct. 1871, Nr. 13292 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Pinguente v. 31. April 1871, Nr. 1153 und des O. L. G. Triest v. 23. Juni 1871, Nr. 3215). G. Z. 1873, Nr. 81. G. H. 1872, S. 337.

In Sachen des A wider B wegen gestörten Besitzes wurde entschieden, daß der Beklagte gehalten sei, die Steine, welche er an fünf

Stellen quer über den das Grundstück des Klägers durchziehenden Bach gestellt hatte, um den Lauf des Wassers abzuleiten, wieder wegzuräumen, bei sonstiger Execution. Auf Begehren des Klägers wurde sohin im Wege der Execution dem Beklagten aufgetragen, dem obigen Erkenntnisse sofort, zur Vermeidung von Zwangsmaßregeln zu entsprechen. Der Beklagte überreichte aber ein Gesuch, in welchem er vorstellte, daß die Hochwässer den streitigen Grund überfluthet hätten und daß die ganze Erdfläche in Folge dieses Elementarereignisses derart mit herabgeschwemmten Steinmassen bedeckt sei, daß ihm die Befolgung des Executionsauftrages ganz unmöglich gemacht werde. Eine Commission constatirte am Thatorte die Richtigkeit dieser Anführungen und darauf entschied das Gericht erster Instanz, daß der weiteren Executionsführung auf Grund des Besitzstörungserkenntnisses nicht stattgegeben werde. — Das O. L. G. bestätigte die erstrichterliche Verordnung, weil dem Beklagten im Erkenntnisse blos aufgetragen worden war, die in den Bach gelegten Steinhaufen zu entfernen, aus dem Protokolle über den Kunstbefund aber hervorgeht, daß die den Gegenstand der Störung bildenden Steinhaufen nicht mehr vorhanden sind, indem sowohl der Bach als das daran anstoßende Grundstück ganz mit den herabgeschwemmten Steinen bedeckt sind und der Beklagte blos zur Wegschaffung der von ihm gelegten, nicht aber auch der durch Elementarereignisse auf den Grund getragenen Steine angehalten wurde, und wegen der nun vorhandenen Steinmassen, von welchen die durch den Beklagten gelegten Steinhaufen ganz bedeckt wurden, die Wegräumung der letzteren unmöglich ist und weil das Erkenntniß über die Verantwortlichkeit des Beklagten für die durch sein alleiniges Verschulden dem Grundstücke des Klägers zugegangenen Nachtheile diesem Rechtszuge nicht angehört.

Der oberste Gerichtshof verwarf den außerordentlichen Revisionsrecurs des A in Erwägung, daß Angesichts der Ergebnisse des Befundes der Sachverständigen, aus welchem hervorgeht, daß der Beklagte wegen von seiner Handlung unabhängigen Ursachen sich nicht in der Möglichkeit befindet, dem gerichtlichen Auftrage zu entsprechen, in den unterrichterlichen Bescheiden eine offenbare Ungerechtigkeit um so weniger erblickt werden kann, als jene Bescheide der gegenwärtigen Sachlage gehörig Rechnung getragen haben und zwar ohne Nachtheil der allfälligen Ansprüche, welche vom Kläger, wenn er es angemessen erachten sollte, im besonderen Wege Rechtens geltend zu machen sind.

---

## Nr. 4295.

### Voraussetzung des Anspruchs auf Ersatz gemachten Aufwandes: animus obligandi.

**Entsch. v. 2. Nov. 1871, Nr. 4347 (Best. des das Urth. des B. G. Umgebung Graz v. 24. Dec. 1870, Nr. 17019, abänd. Urth. des O. L. G. Graz vom 24. Februar 1871, Nr. 1661). G. Z. 1872, Nr. 22.**

Die Eheleute B, von ihrer vormaligen Dienstmagd A wegen Zahlung des rückständigen Liedlohns belangt, brachten davon den Geldbetrag von 37 fl. in Abrechnung, welchen sie angeblich theils für den Wiederholungsunterricht, den sie der Klägerin während der Dienstzeit durch einen Privatlehrer geben ließen, theils zur Bestreitung der Kosten der noch in ihrem Hause gefeierten Hochzeit der A aufgewendet haben. Von Seite der Letzteren wurde sowohl die Thatsache des gemachten Aufwandes, wie auch — davon abgesehen — der Ersatzanspruch der Beklagten bestritten. — Beide Untergerichte liquidirten gleichförmig die Lohnforderung der Klägerin, das Gericht erster Instanz mit Abrechnung der 37 fl. unter der Bedingung, daß die Beklagten mit dem Haupteid den gemachten Aufwand beschwören, weil dieser Aufwand von ihnen für die Klägerin gemacht worden sei, mithin von der letzteren nach §. 1042 a. b. G. B. ersetzt werden müsse, — das O. L. G. ohne Abrechnung der besagten 37 fl.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil des O. L. G. aus dessen Gründen, welche folgendermaßen lauteten: Nach §. 1042 a. b. G. B. kann nur für den Aufwand der Ersatz gefordert werden, welchen Jemand für einen Anderen gemacht hat, der ihn selbst nach dem Gesetze hätte machen müssen. Hiezu können aber die in Rede stehenden Kosten des Privatunterrichts, der Trauung und der Hochzeit der Klägerin nicht gezählt werden, weil das Gesetz Niemanden verpflichtet, sich einen Privatlehrer zu halten, sich trauen zu lassen und ein Hochzeitsmahl zu geben, und die letzteren Kosten wohl vielmehr den Mann als die Frau treffen. Einen anderen Titel außer dem im §. 1042 bezeichneten, haben die Beklagten nicht dargethan und nicht einmal angeführt, viel weniger bewiesen, daß sie den fraglichen Aufwand auf das Ansuchen der Klägerin und gegen deren Verpflichtung zum Ersatz gemacht hätten. Die Beklagten selbst haben angeführt, daß sie die A, welche noch keinen Unterricht genossen hatte, privatim im Lesen, Schreiben, Rechnen u. s. w. unterrichten ließen, die Trauungs- und Hochzeitskosten bestritten und auf diese Art die Existenz derselben begründeten, „wofür sie auf Dank von Seite der Klägerin rechneten, während dieselbe sich als undankbar erweise". In diesen Anführungen der Beklagten liegt nun wohl unzweifelhaft das Geständniß, daß sie für den erwähnten Aufwand einen Ersatz weder in Anspruch nahmen noch erwarteten; ihre diesfalligen mit 37 fl. bezifferten Auslagen können daher auch keinen Gegenstand einer Compensation mit der Liedlohnforderung der Klägerin bilden.

## Nr. 4296.

### Auslegung von Feilbietungsbedingnissen. Zeitpunkt der Perfection einer Veräußerung im Versteigerungswege.

**Entsch. v. 2. Nov. 1871, Nr. 13293 (Best. des Decr. des B. G. Capodistria v. 21. Juli 1871, Nr. 3625, Abänd. des Decr. des O. L. G. Triest vom 25. August 1871, Nr. 4455). Gazz. del Trib. 1872, Nr. 1.**

In dem Edicte, womit die zwei ersten executiven Feilbietungen mehrerer Liegenschaften des C ausgeschrieben wurden, war verlautbart, daß der Verkauf der Realitäten nicht unter dem Schätzungswerthe von zusammen 3454 fl. 50 kr. stattfinde; am Rande des Edictes waren die einzelnen Realitäten mit Angabe des Schätzungswerthes einer jeden derselben bezeichnet. Bei der zweiten Versteigerung bot B für eine Realität, deren Schätzungswerth 781 fl. 75 kr. betrug, 782 fl. und für diese Summe war sie ihm schon zugeschlagen worden, als der Executionsführer A erschien und mit der Erklärung, daß er von dem Executen Tags vorher vollständig befriedigt worden sei und sein (des A) Mandatar aus bloßer Vergeßlichkeit unterlassen habe, sofort um die Suspension der Versteigerung zu bitten, das Begehren um Annullirung der Feilbietung stellte. — Nach vorgängiger Verhandlung mit den Parteien vernichtigte das Gericht erster Instanz den Versteigerungsact, in Erwägung, daß eine executive Feilbietung auf die vom Executionsführer gestellte Bitte um die Suspension, in jedem Stadium, so lang der Ersteher einen Titel zur Erwerbung des Eigenthums oder den Besitz der Sache nicht erhalten hat, suspendirt werden muß; daß aber der Ersteher den Titel zur Erwerbung des Eigenthums erst durch die Einantwortung erlangt, welche allein ihm als Grundlage für die Intabulation und wo öffentliche Bücher nicht bestehen, für die Einführung in den Besitz dienen kann, wogegen das mit dem Zuschlag erworbene Recht desselben nur in dem Anspruche besteht, daß für den Fall, als die Versteigerung zu ihrer Wirksamkeit käme, sein Angebot, als das höchste, den gleichzeitigen niedrigeren Angeboten vorgezogen werde. — Von dem O. L. G. wurde die Versteigerung aufrecht erhalten, weil die gesetzmäßig vollzogene executive Feilbietung ein Vertrag ist, der einerseits den Ersteher, andererseits den Executionsführer verpflichtet; weil, sowie der Ersteher von der Verbindlichkeit, die er mit seinem von dem Richter (durch den Zuschlag) angenommenen Angebot eingegangen ist, nicht zurücktreten kann, der Vertrag durch keine Handlung des Executionsführers oder des Executen hinfällig wird; weil die Versteigerung ein Act der Expropriation des Schuldners ist und eine andere Auslegung derselben ein Verrath an dem öffentlichen Vertrauen (publica fides) sein würde; weil endlich das auf die feilgebotenen Immobilien erworbene Recht des Erstehers einer Veränderung nicht mehr zugänglich ist und die Einantwortung nur so lange aufgeschoben bleibt, bis der Ersteher

durch die Erfüllung der ihm als Käufer auferlegten Pflichten auch den Anspruch auf die Einantwortung erworben hat.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz in der Erwägung, daß nach der (obenangeführten) deutlichen Fassung des Edictes alle Immobilien nur zusammen, nicht einzeln ausgeboten werden sollten und, wenn das letztere auch beabsichtigt war, dies in den Versteigerungsbedingnissen ausdrücklich hätte gesagt werden müssen, umsomehr als nach den bestehenden Vorschriften (§. 150 westg. G. O.) über die partielle Distraction der in Execution gezogenen Güter erst nachdem dieselben bei den zwei ersten Feilbietungen cumulativ nicht angebracht werden konnten, zu verhandeln ist; daß mithin in dem vorliegenden Falle der Versteigerungscommissär zum abgesonderten Ausgebot der einzelnen Realitäten nicht ermächtigt, daher sein Vorgang gesetzwidrig war und nichtig ist; daß endlich der Ersteher das Eigenthum der ihm zugeschlagenen Sache erst mit der Einantwortung erlangt, die aber hier, bei der Gesetzwidrigkeit der abgehaltenen Feilbietung, nicht stattfinden könnte.

---

## Nr. 4297.

### Unzulässigkeit der Ersitzung eines physischen Haustheiles.

**Entsch. v. 3. Nov. 1871, Nr. 7269 (Best. des das Urth. des B. G. Manetin v. 5. Februar 1870, Nr. 355, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 18. Jänner 1871, Nr. 2012). G. H. 1872, S. 7.**

A führte in seiner im Jahre 1865 gegen B vorgebrachten Klage an, daß er seit 1835, also seit 30 Jahren in dem ungestörten, echten und rechtmäßigen Besitze der aus Stube, Kammer, Stall, Keller, dem halben Dachboden und Dach bestehenden Hälfte des Hauses X (in Böhmen) sei, somit diese materielle Haushälfte durch Ersitzung erworben habe und stellte das Begehren, daß der Beklagte, als Mitbesitzer des Hauses, für schuldig erkannt werde, das erworbene Eigenthum anzuerkennen und die grundbücherliche Ab- und Zuschreibung zu gestatten. — In erster Instanz wurde der Beklagte, der sich mit der Ministerialverordnung vom 27. December 1856, R. G. Bl. vom Jahre 1857 Nr. 1 (Verbot der Zerstückung der Häuser in Böhmen), vertheidigt hatte, nach dem Klagebegehren verurtheilt..

Der oberste Gerichtshof bestätigte das klageabweisende Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Die Ersitzung, worauf A sich stützt, gehört allerdings zu den Eigenthumserwerbungsarten; allein die Erwerbung des Eigenthums wird nur perfect, wenn nach dem Verlaufe der Usucapionszeit die Sache noch in dem Verkehre steht, d. i. rechtlich erworben werden kann (§§. 878 und 1455 a. b. G. B.). In Folge der citirten Verordnung vom 27. December 1856, welche die Zerstückung der Häuser und materiellen Bestandtheilen verbietet,

hat aber die von A in Anspruch genommene materielle Haushälfte schon damals also lange vor Ablauf der Ersitzungszeit, aufgehört, ein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs zu sein.

---

## Nr. 4298.

## Haftung des Agenten einer Versicherungsgesellschaft für die unrichtige Ausfüllung der Blanquets gegenüber dem Versicherten: Einfluß eines beiderseitigen Verschuldens auf den Umfang des Schadenersatzes.

**Entsch. v. 7. Nov. 1871, Nr. 6881 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Stnč v. 20. Juni 1870, Nr. 2238 und des O. L. G. Prag vom 10. Jänner 1871, Nr. 45703). G. H. 1872, S. 249.**

Die aus dem Titel der Entschädigung angestellte Klage des A gegen B, Agent der Versicherungsgesellschaften X und Y, pcto. Zahlung von 1240 fl. war auf folgende Anführungen gegründet: A, dessen Gebäude bei der Gesellschaft X gegen Feuerschaden versichert waren, entschloß sich auf den Antrag des B zum Uebertritt zur Anstalt Y; als es sich um die Errichtung des Assecuranzvertrages handelte, bedeutete A — wie er auf den Widerspruch des B mit dem Haupteid zu beweisen antrug — dem Letzteren auf dessen Frage, wie die Gebäude eingedeckt seien, er möge die Eindeckung, sowie bei der Assecuranz X, nämlich theils aus Schindeln, theils aus Strohschaibeln bestehend eintragen, worauf B dies zu thun versprach und von A das noch unausgefüllte Blanquet des Versicherungsantrags unterzeichnen ließ. Nachdem A durch drei Jahre die Prämie gezahlt hatte, ward er von einem Brandunglück heimgesucht; er konnte aber bei der Gesellschaft den Ersatz des Schadens nicht erlangen, weil in dem Versicherungsantrage unrichtig die Eindeckung als ganz aus Schindeln bezeichnet und als Schlußclausel die Erklärung des A beigesetzt war, daß er, wenn die Schadenerhebungscommission nicht alle darin enthaltenen Angaben richtig fände, sein Recht auf die Entschädigung nach §. 16 der Statuten verlieren soll. Da nun B die unrichtige Ausfüllung des Blanquets (Eindeckung mit Schindeln, statt mit Schindeln und Strohschaibeln) verschuldet hat, forderte A von ihm die Zahlung des Betrages von 1240 fl., mit welchem die Gebäude versichert waren. — Von beiden Untergerichten wurde die Klage unbedingt abgewiesen, weil A aus der Polizze leicht ersehen konnte, ob die Angaben derselben mit der Wahrheit übereinstimmten und auch bei der geringsten Aufmerksamkeit die Ueberzeugung gewinnen mußte, daß das zur Versicherung angenommene Object nicht die in dem Versicherungsantrage bezeichnete Bedachung habe, daher, nachdem von ihm durch drei Jahre die Berichtigung nicht veranlaßt worden ist, aus dem seinerseits be-

haupteten Verfahren des B gegen denselben den Anspruch auf Schadenersatz nicht ableiten könne.

Der oberste Gerichtshof verurtheilte den Beklagten zur Zahlung von 200 fl. unter der Bedingung des durch obigen Haupteid von dem Kläger erbrachten Beweises. Gründe: Als Agent der Versicherungsgesellschaft war B den Assecuranzwerbern, daher auch dem A gegenüber verbunden, bei Aufnahme des Versicherungsantrages alle Rubriken desselben genau nach ihren Angaben auszufüllen und sie vor der Gefahr des im Falle unrichtiger Angaben nach §. 16 der Statuten eintretenden Verlustes der Entschädigungsansprüche zu bewahren und speciell verpflichtet, den A nach vorgängiger Ausfüllung aller Rubriken des Versicherungsantrages zum Ueberlesen der (oben erwähnten) Schlußclausel aufzufordern, resp. ihm dieselbe vorzulesen. Da nun im vorliegenden Falle die Rubrik: „Eingedeckt" in dem Versicherungsantrage unrichtig ausgefüllt und deshalb von der Assecuranz der Ersatz des vollen Brandschadens dem A verweigert wurde, der erst nach der gegen B überreichten Klage von der Gesellschaft im Gnadenwege den weit unter der Schadenssumme stehenden Betrag von 400 fl. erhielt, so kommt es für die Entscheidung des Processes wesentlich darauf an, ob dem B ein Verschulden an der unrichtigen Ausfüllung der vorhin bezeichneten Rubrik zur Last gelegt werden könne. Wenn nun der von A durch den Haupteid angetragene Beweis erbracht würde, so hätte B durch die unrichtige, weder dem Begehren des A noch seiner eigenen Zusage entsprechende und statutengemäß den Entschädigungsanspruch aufhebende Ausfüllung der obigen Rubrik und dadurch, daß er den A zur Unterzeichnung des noch nicht ausgefüllten Versicherungsantrages anhielt und ihm so die Gelegenheit benahm, sich von der Richtigkeit der Ausfüllung aller Rubriken zu überzeugen, allerdings pflichtwidrig gehandelt und eine Vernachlässigung seiner Amtsobliegenheiten verschuldet, die ihn für den dem A daraus entstandenen Schaden nach den §§. 1295 und 1299 a. b. G. B. verantwortlich macht, — und deshalb mußte auf den Haupteid erkannt werden. Allein vollständig würde das Klagebegehren bei Herstellung dieses Beweises nicht gerechtfertigt sein. Denn der Kläger hätte nur Anspruch auf den Ersatz des durch das Brandunglück erlittenen Schadens. Die Höhe des Schadenbetrages wurde nun von ihm nicht angeführt, vielweniger bewiesen, dagegen von dem Beklagten excipiendo die in der Revisionsbeschwerde des Klägers zugegebene Behauptung aufgestellt, daß von dem Schätzungscommissär der Schaden in dem Betrage von etwa mehr als 800 fl. ermittelt worden sei. Diese Summe müßte daher der Entscheidung zu Grunde gelegt werden und nachdem der Kläger von der Gesellschaft 400 fl. bereits erhalten, würde sein Schaden sich noch auf 400 fl. belaufen. Es muß aber noch weiter in Erwägung gezogen werden, daß die Schuld an diesem Vermögensnachtheil des Klägers, auch bei vollständigem Gelingen des

Eidbeweises, nicht dem Beklagten allein, sondern auch dem Kläger zuzuschreiben ist, weil er eingestandenermaßen die dem Versicherungsantrage gleichlautend ausgefertigte Polizze, in welcher ihm die unrichtige Ausfüllung der Rubrik: „Eingedeckt", bei gewöhnlicher Fähigkeit eines den Verstandesgebrauch besitzenden Menschen (§. 1297 a. b. G. B.) sogleich hätte auffallen müssen, nicht geprüft oder trotz der Prüfung die Berichtigung nicht veranlaßt und so die Zahlung der geringeren Prämie durch drei Jahre sich zu Nutzen gemacht hat, und deshalb ist sein Ersatzanspruch im günstigsten Falle noch immer der Anordnung des §. 1304 a. b. G. B. zu unterstellen, wornach er den Schaden mit dem Beschädiger verhältnißmäßig und, da das Verhältniß sich nicht bestimmen läßt, zu gleichen Theilen zu tragen hat. Daraus folgt, daß ihm nur die Hälfte des erlittenen auf 400 fl. sich belaufenden Schadens, mithin nur der Betrag von 200 fl. zugesprochen werden kann.

---

## Nr. 4299.

### Legitimation des noch unverbücherten Cessionars zur Anstellung der Hypothekarklage.

**Entsch. v. 7. Nov. 1871, Nr. 9076 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Reichenau v. 21. Sept. 1870, Nr. 5990 und des O. L. G. Prag v. 28. Februar 1871, Nr. 4482). G. H. 1872, S. 19.**

Die Sachlegitimation des noch nicht intabulirten Cessionärs einer durch Hypothek versicherten Forderung zur Anstellung der Hypothekarklage wurde von allen drei Instanzen ausgesprochen und darauf hin der Hypothekarklage des A gegen die B als Besitzerin der Pfandsache stattgegeben, wobei der oberste Gerichtshof bemerkte, daß es Sache des A sein werde, im Falle der Zahlung der B eine zur Löschung der Hypothek geeignete Quittung auszustellen, widrigens die Letztere, um der Gefahr der Doppelzahlung zu entgehen, sich nach §. 1425 a. b. G. B. zu benehmen haben würde.

---

## Nr. 4300.

### Reassumirung eines liegengelassenen Besitzstörungsprocesses.

**Entsch. v. 7. Nov. 1871, Nr. 9932 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Krzeszowice v. 20. Februar 1871, Nr. 702 und des O. L. G. Krakau v. 11. Mai 1871, Nr. 4428). G. H. 1872, S. 319.**

Das possessorium summariissimum des A gegen B wegen Störung im Besitz eines Grundstückes durch Untergrabung desselben zum Gewinn von feuerfester Thonerde, wurde, nachdem das Gericht eine Expertise angeordnet hatte, nicht mehr fortgesetzt, sondern nach drei

Jahren überreichte A gegen B eine der vorigen gleichlautende neue Besitzstörungsklage ohne der früheren Verhandlung Erwähnung zu thun. Von dem Beklagten wurde in dem hierauf reassumirten Verfahren das als Besitzstörung incriminirte Factum eingestanden, jedoch eingewendet, daß, nachdem die Aufnahme des Augenscheines nicht stattfand und der Kläger die Sache auf sich beruhen ließ, derselbe stillschweigend von der Klage zurückgetreten, auf diese Art Beklagter durch drei volle Jahre im ruhigen factischen Besitze des Rechtes, nach Thonerde zu graben, geblieben, daher die Besitzstörungsklage abzuweisen sei. — In allen Instanzen wurde nach dem Begehren des Klägers erkannt und die obige Einwendung des B von dem obersten Gerichtshofe in Folgendem widerlegt: Ein Erklären des A, von der Klage abzustehen, liegt nicht vor; auch ist in der kaiserl. Verordnung vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12, nicht bestimmt, daß, wenn der Besitzstörungsstreit von dem Kläger nicht ununterbrochen fortgesetzt wird, dies als ein Fallenlassen des Processes anzusehen sei. Es kann daher aus diesem Grunde die Klage des A nicht zurückgewiesen werden, um so weniger, als der von B, ungeachtet der angebrachten Klage, weiter ausgeübte Besitz nur als eine Fortsetzung der Störung des Besitzes sich betrachten läßt.

---

## Nr. 4301.

### Beweiskraft der Handelsbücher: Einstellung einer Forderung in den Passivstand der Bilanz.

**Entsch. v. 7. Nov. 1871, Nr. 13297 (Best. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 12. Juli 1871, Nr. 83164 und des O. L. G. Wien vom 20. August 1871, Nr. 17515). Jur. Bl. 1872, Nr. 25.**

In seiner gegen die in Liquidation begriffene Commanditgesellschaft B und den persönlich haftenden Socius C angestellten Klage pcto. Zahlung einer Forderung von 25.833 fl. begehrte A die Einleitung des Executivprocesses unter Vorlage der von der Gesellschaft für einen Commanditisten ausgestellten schriftlichen Bilanz, in welcher die Forderung des A in dem Passivstand aufgeführt war. — Das Gericht erster Instanz leitete den Executivproceß ein. Dagegen recurrirten die Beklagten, weil die aus dem vorgelegten Handelsbuchauszuge resultirende Forderung nicht aus einem Handelsgeschäfte entstanden, daher das Handelsbuch beweislos (Art. 34 H. G. B.), und davon abgesehen, dessen Beweiskraft durch den Ablauf der im §. 19 des Einführungsgesetzes zum H. G. B. bestimmten Zeit erloschen sei.

Dieser Recurs wurde abgewiesen; ebenso der a. o. Revisionsrecurs, weil der Buchauszug in Ansehung des im Passivconto enthaltenen Einbekenntnisses der Schuld der beklagten Gesellschaft an A

als eine gegen sie nach §. 113 a. G. O. vollen Glauben verdienende Urkunde zu betrachten ist, es daher auf den Nachweis, daß die Schuld von einem Handelsgeschäfte herrühre, und auf die gesetzliche Beschränkung der Zeitdauer der Beweiskraft der Handelsbücher nicht ankommt, welche Beschränkung sich nur auf die Beweiskraft für, nicht auch gegen den Kaufmann bezieht.

---

## Nr. 4302.

### Hemmung der Aufhebung eines Verbotes nach Abweisung der Rechtfertigungsklage — wegen Einleitung einer strafgerichtlichen Verhandlung.

**Entsch. v. 7. Nov. 1871, Nr. 13511 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Königsstadt v. 11. Mai 1871, Nr. 1948 und des O. L. G. Prag v. 14. August 1871, Nr. 28049). G. H. 1872, S. 55.**

Das Gesuch des A um Aufhebung des den Eheleuten B bewilligten Verbotes auf ein Geldbepositum war mit dem die Verbotsrechtfertigungsklage der Letzteren unter der Bedingung eines Eides des A abweisenden Urtheile und mit dem gerichtlichen Zeugnisse des abgeschworenen Eides instruirt und wurde von beiden Untergerichten, — in zweiter Instanz mit der Begründung bewilligt, daß nach der Abweisung der Rechtfertigungsklage für die Aufrechthaltung des Verbots kein Grund mehr vorhanden ist und die gegen A wegen Meineides (durch Ablegung des oberwähnten Eides) überreichte Anzeige die Aufhebung des Verbotes nicht hemmen kann, zumal das Hofdcr. vom 6. März 1821, J. G. S. Nr. 1743, nur das Verfahren bis zum Urtheil im Auge hat und auf spätere gerichtliche Acte keine Anwendung findet, und zwar um so weniger, als auch die von der Ablegung eines falschen Parteieneides handelnden §§. 234—237 a. G. O. nicht die Sistirung des weiteren Verfahrens für zulässig erklären, sondern nur aussprechen, daß der des Meineides Ueberwiesene Alles, was er durch seinen Eid behauptet hat, sammt Schaden und Kosten wieder gut machen soll, — weshalb denn auch von dem Gerichte erster Instanz die an dasselbe gerichtete Requisition des Untersuchungsgerichtes vom 24. April 1871: daß die weiteren civilgerichtlichen Schritte in dieser Rechtssache zu unterbleiben hätten, mit Recht unbeachtet gelassen wurde.

Der oberste Gerichtshof hingegen hat das Gesuch des A abgewiesen, weil durch das Requisitorium des Untersuchungsgerichtes nachgewiesen ist, daß das Gericht erster Instanz am 24. April 1871 (also noch vor seiner Erledigung des Verbotsaufhebungsgesuches) von der wegen des falschen Eides gegen A eingeleiteten strafgerichtlichen Untersuchung mit dem Beisatze verständigt worden ist, daß die weiteren civilgerichtlichen Handlungen zu unterbleiben haben, was für das Civil-

gericht bestimmend sein mußte, da die Rechtswirkung des voraufgegangenen Urtheiles auf die Frage gestellt war, ob A falsch geschworen habe, im bejahenden Falle der Strafrichter nach §. 361 St. P. O. (Vergl. §. 371 der St. P. O. vom 23. Mai 1873) dessen Ungiltigkeit auszusprechen hätte, die Untersuchung aber noch schwebt, vor deren Beendigung und strafgerichtlichen Entscheidung von einer Execution des civilgerichtlichen Urtheils, trotz seiner Rechtskraft, keine Rede sein kann; weil ferner auch das Hofdcr. vom 6. März 1821, Nr. 1743 zur Richtschnur zu dienen hatte, dessen Bestimmung, daß eine Streitsache, deren Entscheidung von dem Beweise und der Zurechnung einer strafbaren Handlung abhängt, vor dem Erkenntnisse des Strafgerichtes nicht anhängig gemacht, resp. nicht fortgesetzt werden darf, per analogiam auch auf das Vollstreckungsverfahren anzuwenden ist, da in dem letzteren dieselben gesetzlichen Gründe obwalten und die durch das Hofdecret beim Vorhandensein der gesetzten Bedingung gebotene Hemmung der Fortsetzung des bereits anhängigen Verfahrens, das zur Fällung eines executionsfähigen Urtheiles erst führen soll, implicite auch schon die Hemmung der Execution in sich schließt.

---

## Nr. 4303.

### Gerichtszuständigkeit: „Bürge und Zahler" als erstbenannter Beklagter.

**Entsch. v. 7. Nov. 1871, Nr. 13556 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Krakau v. 12. April 1871, Nr. 4396 und des O. L. G. Krakau v. 4. Juli 1871, Nr. 8559). G. Z. 1873, Nr. 51.**

A belangte bei dem L. G. Krakau die dort wohnende B und ihren im Königreiche Polen wohnhaften Sohn C wegen Zurückzahlung — in doppeltem Betrage — des Angeldes, welches er gelegentlich eines mit dem Beklagten C geschlossenen Getreidelieferungsvertrages als Verkäufer gegeben hatte, und suchte die Zuständigkeit des Krakauer Landesgerichtes durch die Anführung zu begründen, daß B dem Getreidelieferungsvertrage als Bürgin und Zahlerin beigetreten sei. Das Getreide hätte nach dem Vertrage in Sieciechowice im Königreiche Polen geliefert werden sollen. Gegen die aufrechte Verbescheidung dieser Klage ergriffen die Belangten den Recurs, in welchem sie die Behauptung aufstellten, daß das Krakauer Landesgericht zur Durchführung dieses Rechtsstreites nicht competent sei, weil der Hauptschuldner C im Königreiche Polen seinen Wohnsitz habe, der Vertrag im Königreiche Polen erfüllt werden sollte und B als Subsidiarverpflichtete im Sinne des §. 41 J. N. und kaiserl. Verordnung v. 12. Mai 1852, R. G. Bl. Nr. 112, als Erstbeklagte nicht belangt werden könne. — Das O. L. G. verwarf den Recurs aus folgenden Gründen:

Die Erstbelangte B ist dem in der Klage angeführten Kaufvertrage nicht nur als Bürgin, sondern auch als Zahlerin beigetreten und muß daher als Hauptschuldnerin angesehen werden; überdies bildet den Gegenstand des Streites die Zahlung des doppelten Angeldes: nach dem Inhalte der Klage aber war der Ort Sieciechowice nur rücksichtlich der Lieferung des Getreides als Erfüllungsort vereinbart und bei dieser Sachlage kann das L. G. in Krakau nicht als offenbar unzuständig angesehen werden.

Auf den a. o. Revisionsrecurs der Beklagten hat der oberste Gerichtshof in Erwägung, daß die kaiserl. Verordnung vom 12. Mai 1852, R. G. Bl. Nr. 112, die Benennung des Hauptverpflichteten als Erstbelangten und zwar für den Fall anordnet, wenn ein solcher aus dem der Klage zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte ersichtlich ist; daß diese, zwar nur die äußere Form der Klage betreffende, aber für die Frage der Gerichtszuständigkeit maßgebende Bestimmung ungeachtet der ausdrücklichen Erklärung des Klägers, wonach B den aus den Getreidelieferungsverträgen ihres Sohnes C entstehenden Verpflichtungen als Bürgin und Zahlerin beigetreten sei, mit dem im §. 1357 a. b. G. B. dem Gläubiger eingeräumten Wahlrechte, den Hauptschuldner oder den Bürgen, oder beide zugleich zu belangen, nicht im Widerspruche steht, weil diese blos die passive Sachlegitimation und die dem Gläubiger freigestellte Wahl des Geklagten betreffende Gesetzesstelle mit der in der erwähnten kaiserl. Verordnung normirten Reihenfolge der in derselben Klage zu belangenden Solidarschuldner ganz gut vereinbar ist; daß nach dem in der Klage dargestellten Sachverhalte C als der ursprüngliche und Hauptverpflichtete erscheint und B nur zur Unterstützung des bereits abgeschlossenen Rechtsgeschäftes später als Bürgin und Zahlerin beigetreten ist, im vorliegenden Falle also der in der kaiserl. Verordnung vom 12. Mai 1852, R. G. Bl. Nr. 112, vorgesehene Fall, daß der Hauptverpflichtete aus dem dargestellten Rechtsgeschäfte deutlich zu ersehen sei, wirklich eingetreten ist; daß daher nach dieser Auffassung C und nicht B als Erstbelangter zu benennen war, hienach aber bei dem Aufenthalte des C im Königreiche Polen und bei der im Vertrag stipulirten Erfüllung desselben in Sieciechowice, das L. G. in Krakau nicht als der zur Verhandlung und Entscheidung dieser Rechtssache berufene Gerichtshof angesehen werden kann — die Klage des A wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes zurückgewiesen.

---

## Nr. 4304.

### Unzulässigkeit der Anmerkung der Hypothekarklage in Verfachbüchern.

Entsch. v. 7. Nov. 1871, Nr. 13583 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Innsbruck v. 9. August 1871, Nr. 7303 und des O. L. G. Innsbruck vom 27. Sept. 1871, Nr. 3862). G. H. 1871, S. 391.

Gleichzeitig mit der Klage auf Zahlung einer Hypothekarforderung, welche die Finanzprocuratur in Vertretung des Fiscus gegen den Besitzer des in Tirol belegenen Pfandgutes anstellte, begehrte sie die Verfachung, resp. die Anmerkung der Klage in dem Verfachbuche, d. i. in dem öffentlichen Buche, welches in Tirol statt des Grundbuches und der Landtafel für Immobilien eingerichtet ist, nach §. 3 der Ministerialverordn. vom 19. September 1860, R. G. Bl. Nr. 212.

Das Anmerkungsgesuch wurde in allen drei Instanzen, — von dem obersten Gerichtshofe mit folgender Begründung abgewiesen: Nach dem klaren Wortlaute des §. 3 der cit. Ministerialverordnung kann die Anmerkung der Klage nur bei Pfandgütern, die in einer Landtafel, in einem Stadt- oder Grundbuche eingetragen sind, stattfinden, während nach §. 7 derselben Verordnung auf Pfandgüter, die in Landtafel-, Stadt- und Grundbüchern nicht eingetragen sind, sowie in den Kronländern, wo solche Bücher nicht bestehen, lediglich die im §. 6 eben dort enthaltenen Bestimmungen Anwendung haben.

---

## Nr. 4305.

### Rechtswirksamkeit einer von dem Vormund ohne obervormundschaftliche Genehmigung gepflogenen Abrechnung.

Entsch. v. 8. Nov. 1871, Nr. 4444 (Best. des das Urth. des B. G. Tolmein v. 16. Oct. 1870, Nr. 4015, abänd. Urth. des O. L. G. Triest v. 31. Dec. 1871, Nr. 7029). G. Z. 1873, Nr. 62.

A klagte wider B auf Zahlung von 242 fl. und behauptete, daß die ursprüngliche Schuldforderung pr. 157 fl. im Jahre 1856 durch Anerkenntniß der Mutter und Vormünderin des Beklagten auf den obigen Betrag gebracht wurde. Der Beklagte gestand blos die Schuld im Betrage von 157 fl. ein und widersprach den weiteren Ausführungen des Klägers mit dem Beisatze, daß das Anerkenntniß der Vormundschaft, weil ohne Genehmigung des Gerichtes geschehen, für ihn nicht verbindlich wäre. Durch Zeugen wurde festgestellt, daß im Jahre 1856 eine Abrechnung stattfand, bei welcher die Schuld des B durch die Hinzuschlagung der ausstehenden Zinsen auf den eingeklagten Betrag gebracht wurde. — Das Gericht erster Instanz verurtheilte den B nur zur Zahlung von 157 fl., weil, wenn man auch

die gepflogene Abrechnung zwischen dem Kläger und der Vormünderin des Beklagten durch die Ergebnisse der Zeugenvernehmung als erwiesen ansehen wollte, die Abrechnung und das weitere Anerkenntniß der Vormünderin wegen Mangels der obervormundschaftlichen Genehmigung nicht als giltig und rechtswirksam sich darstellt. — Das O. L. G. verurtheilte den B zur Zahlung der vollen 242 fl.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: Durch zwei unbedenkliche Zeugen ist erwiesen, daß bei der Abrechnung, welche mit der Mutter und Vormünderin des zu jener Zeit minderjährigen Beklagten vorgenommen wurde, eine Schuld des letzteren im Betrage von 242 fl. sich herausstellte. Die Rechtswirksamkeit dieser Berechnung konnte vom Beklagten wegen Mangels der Genehmigung von Seite des Vormundschaftsgerichtes nicht bestritten werden, denn der Beklagte hat den Bestand einer Capitalsschuld an den Kläger im Betrage von 157 fl. seit dem Tode seines Vaters ausdrücklich zugegeben, nicht in Abrede gestellt, daß hievon die 6% Zinsen zu entrichten waren, und auch nicht eingewendet, daß bei der Feststellung des Zinsenrückstandes und dessen Hinzurechnung zum Capitale gesetzwidrig vorgegangen wäre.

---

## Nr. 4306.

### Klage auf Alimente pro praeterito et futuro: Beweislast bezüglich der Leistungsfähigkeit des unehelichen Vaters.

**Entsch. v. 8. Nov. 1871, Nr. 4762 (Best. des das Urth. des B. G. Umgebung Graz v. 23. Sept. 1870, Nr. 11367, abänd. Urth. des O. L. G. Graz vom 28. Dec. 1870, Nr. 15579). G. Z. 1872, Nr. 22.**

Der Schuhmachermeister B wurde als Vater des außer der Ehe geborenen A 1. von der Mutter des Letzteren im eigenen Namen wegen Ersatz von 350 fl., d. i. der Summe, welche sie ihren Eltern für die Verpflegung des Kindes von der Zeit der Geburt bis zum Klagetage (76 Monate: ungefähr 4 fl. 60 kr. pr. Monat) vorschußweise gezahlt zu haben anführte, und 2. von dem Vormund des A wegen Zahlung der Alimente für die Zukunft im Betrage von 4 fl. pr. Monat belangt. Der Beklagte leugnete den von der Mutter angeblich gemachten Aufwand und erklärte unter Vorlage eines behördlichen Armuthszeugnisses, daß er auch außer Stande sei, jenen Aufwand der Mutter zu ersetzen und überhaupt irgend einen Beitrag zu den Alimenten des Kindes, zu welchem er sich als Vater bekannte, zu leisten; gegen die Höhe des von ihm verlangten Beitrages machte er keine Einwendung. — Das Gericht erster Instanz verurtheilte den B bedingt zur Zahlung der ad 1 geforderten 350 fl., wenn nämlich die Klägerin mit dem Haupteid die vorschußweise Zahlung dieser Ver-

pflegssumme an ihre Eltern beschwört, weil unter dieser Voraussetzung B nach §§. 167 und 1042 a. b. G. B. zur Vergütung des besagten Aufwandes verpflichtet sei — und unbedingt zur Zahlung des ad 2 geforderten Alimentenbetrages monatlicher 4 fl., weil der Beklagte, Inhaber eines Schuhmachergewerbes, die seinerseits behauptete Unfähigkeit zur Leistung dieses Alimentenbetrages zu beweisen hatte, allein nicht bewies, da das von ihm deshalb vorgelegte Armuthszeugniß die Bestätigung seiner Unfähigkeit zur Zahlung der angesprochenen Unterhaltssumme nicht enthält. — Vom O. L. G. wurde die erstgerichtliche Entscheidung ad 2 aus denselben Gründen (nichterbrachter Beweis einer den Beklagten von der Alimentationspflicht entbindenden Mittellosigkeit und die von ihm nicht angefochtene Höhe des Unterhaltsbeitrages) bestätigt, hingegen ad 1 auf unbedingte Abweisung des Klageanspruches abgeändert, weil die Klägerin nicht bewiesen hat, daß der Beklagte während des ad 1 bezeichneten Zeitraumes im Stande war, für die Verpflegung seines Kindes zu sorgen; weil nach §. 1042 a. b. G. B. der Ersatz des gemachten Aufwandes nur von Demjenigen, welcher nach dem Gesetze selbst dazu verpflichtet gewesen wäre, zurückgefordert werden kann, gemäß §. 167 a. b. G. B. aber die Verbindlichkeit zur Verpflegung des Kindes auf die Mutter fällt, wenn der Vater dies zu thun außer Stande ist; weil demnach, da die Klägerin die Voraussetzung der gesetzlichen Alimentationspflicht des Beklagten und den Umstand, daß sie nur vorschußweise die Kosten der Verpflegung bezahlte, nicht bewiesen hat, die Zahlung der ad 1 geforderten 350 fl. blos als die Erfüllung einer von ihr stillschweigend übernommenen Pflicht erscheint.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das abändernde Urtheil des O. L. G. aus dessen Gründen.

---

## Nr. 4307.

### Briefliche Anerkennung einer Schuld ohne Specialisirung der causa debendi: Bestreitung der Person des Gläubigers.

**Entsch. v. 8. Nov. 1871, Nr. 8939 (Best. des Urth. des B. G. Cervignano v. 22. Nov. 1869, Nr. 3659, Abänd. des Urth. des O. L. G. Triest vom 1. Oct. 1870, Nr. 3439). G. Z. 1872, Nr. 20. G. H. 1872, S. 66.**

Auf Grund eines Schreibens, mit welchem B den A bat, daß er die für seine Schuld von 500 fl. verpfändeten Gegenstände frei geben und bis zur Abwicklung eines gewissen Geschäftes noch zuwarten möge, klagte A wider B auf Zahlung des obigen Betrages. Der Beklagte wendete ein, daß die eingeklagte Forderung nicht dem Kläger, sondern der Firma A & C zustehe, und daß in dem gelegten Schreiben der Rechtsgrund der Forderung nicht enthalten sei. — Das Gericht

erster Instanz erkannte gegen das Klagebegehren; das O. L. G. nach demselben, weil die Einwendung des Mangels der causa debendi gegenüber dem Zugeständnisse des Beklagten hinsichtlich des Zustandekommens eines Darlehensgeschäftes unhaltbar sei; weil ferner der Brief das Anerkenntniß einer Schuld des Beklagten dem Kläger gegenüber enthalte und dadurch sogar der Umstand widerlegt erscheine, daß die eingeklagte Forderung mit der im gleichen Betrage der Firma B & C zustehenden Forderung identisch sei.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil erster Instanz. Gründe: Der Einwendung des Mangels der causa debendi konnte nicht stattgegeben werden, weil aus den Zugeständnissen des Beklagten, im Zuge der Verhandlungen, hervorgeht, daß das fragliche Schreiben sich auf ein vom Beklagten geschlossenes Darleihensgeschäft beziehe. Aus dem Inhalte des Briefes würde zwar erscheinen, daß der Beklagte sich als Schuldner des eingeklagten Betrages per 500 fl. gegenüber dem A einbekannt habe. Allein der Beklagte behauptet in der Einrede, daß er den streitigen Betrag nicht vom Kläger, sondern von der Firma A & C erhalten und dieser mehrere Werthgegenstände als Pfand übergeben habe, sowie daß bei Gelegenheit der Auflösung der Gesellschaft die Forderung dem Gesellschafter C zugewiesen worden sei. Diese Umstände wurden vom Kläger nicht ausdrücklich widersprochen und sind daher für wahr zu halten. Hiedurch erscheint der aus dem Briefe hervortretende Umstand, daß die Forderung dem Kläger in seiner Person zustehe, entkräftet und die Annahme widerlegt, daß der Kläger die Zahlung der fraglichen Forderung im eigenen Namen begehren könne. Diese Ergebnisse brachten es auch mit sich, daß Kläger seine Legitimation zur Eincassirung der Forderung und zur Erhebung des Zahlungsbegehrens im eigenen Namen oder auf Rechnung der Firma beweisen mußte. Nachdem jedoch Kläger dahinzielende Beweise gar nicht angeboten hat, konnte dem in der Klage gestellten Begehren nicht stattgegeben werden.

---

## Nr. 4308.

### Einklagung einer Nachlaßschuld gegen sämmtliche zur Erbschaft Berufene: Aenderung des Klagebegehrens unter Aufrechthaltung des ganzen Anspruchs nach Zurücknahme der Klage gegen einen der Belangten, der die Erbschaft ausgeschlagen hat.

**Entsch. v. 8. Nov. 1871, Nr. 11002 (Best. des Urth. des B. G. Jičin vom 12. April 1871, Nr. 2454, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag v. 20. Juni 1871, Nr. 19032). G. Z. 1872, Nr. 22.**

Die Klage des A wegen Zahlung seiner 93 fl. betragenden Forderung an den verstorbenen M war gegen dessen Witwe und vier

andere Personen, als Erben des M, gerichtet und schloß mit dem Begehren auf Verurtheilung der Beklagten (ohne Erwähnung einer Solidarität derselben) zur Zahlung der besagten Schuld. Auf die Einwendung der beklagten Witwe, daß sie die Erbschaft ausgeschlagen habe und daher nicht Erbin des M sei, trat A in der Replik von der Klage gegen sie zurück und stellte das Begehren auf Verurtheilung der vier übrigen Beklagten zur Zahlung der ganzen Klagsumme. — Diesem Begehren wurde in erster Instanz vollständig stattgegeben, ohne Berücksichtigung des Einspruches der Beklagten gegen die in demselben liegende Aenderung der ursprünglichen Klagebitte. — Sie wiederholten den Einspruch in der Apellationsbeschwerde, und das Oberlandesgericht, demselben stattgebend, beschränkte die Zahlungspflicht der Beklagten auf 74 fl. 40 kr., d. i. auf $^4/_5$ der Klagesumme, weil auch in dem (hier geführten) summarischen Proceß es unzulässig ist, das Klagebegehren — sei es subjectiv gegen mehrere Personen, als ursprünglich belangt wurden, sei es objectiv auf einen größeren Betrag — zu erweitern, mithin in Folge des Einspruches der Beklagten nur in Gemäßheit der ursprünglichen Klagebitte erkannt werden kann und, da eine Solidarverbindlichkeit der letzteren nicht Platz greift, der Kläger mit dem Anspruch auf den Theilbetrag der Klagesumme, welchen er gegen die aus dem Proceß entlassene Witwe des M eingeklagt hatte, d. i. mit $^1/_5$ abgewiesen werden muß.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen: Wenn unter den mit der Klage des A belangten Erben des M auch dessen Witwe genannt und von der Klage gegen dieselbe später abgelassen wurde, weil sie die Erbschaft ausgeschlagen hatte, so bleibt doch die Klage gegen die Erben des M überhaupt aufrecht. Es handelt sich hier weder um die Personen noch um die Zahl der Erben, sondern um die Schuld des Erblassers, die von seinen Erben gezahlt werden muß. Der Verzicht der Witwe auf ihre Erbsportion kann von der Zahlung der ganzen Schuld die andern vier Erben nicht befreien, welche den Erblasser vorstellen und auch nach der (hier der Klage vorangegangenen) Erbseinantwortung gemäß §. 821 a. b. G. B. für die Nachlaßschulden haften, zumal sie die Einwendung, daß die Verlassenschaft zur Befriedigung derselben ungenügend sei, nicht erhoben haben.

---

## Nr. 4309.

### Mangelhafte Substantiirung der exceptio non numeratae pecuniae.

**Entsch. v. 8. Nov. 1871, Nr. 11006 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Neupaka v. 10. Oct. 1870, Nr. 6292 und des O. L. G. Prag vom 11. April 1871, Nr. 9809 und 8973). G. Z. 1872, Nr. 49.**

Gegen die Klage des A wider B wegen Zahlung einer Darlehensschuld von 800 fl., welche durch den mit den gesetzlichen Erfordernissen ausgestellten und von B in formeller Beziehung nicht angefochtenen Schuldschein, der die Bestätigung des Empfanges der besagten Darlehenssumme enthält, bewiesen war, wendete B ein, daß der Kläger „ihm nicht volle 800 fl. bar zugezählt habe", und trug dem Kläger zum Beweis der so gestellten exceptio non numeratae pecuniae über den angeführten Satz den referiblen Haupteid auf.

Beide Untergerichte erkannten unbedingt nach dem Klagebegehren ohne Rücksichtnahme auf den Haupteid, und der oberste Gerichtshof verwarf mit folgender Begründung die a. o. Revisionsbeschwerde des Beklagten: Die Anführung des B, von A den vollen Betrag von 800 fl. nicht bar zugezählt erhalten zu haben, ist zu unbestimmt, um den dafür aufgetragenen Haupteid zuzulassen und die gleichförmigen, den Haupteid ausschließenden Urtheile der Untergerichte als offenbar gesetzwidrig zu erkennen. B behauptet selbst nicht, daß er gar keine Valuta, sondern nur, daß er nicht den Betrag von 800 fl. erhielt, ohne anzugeben, welchen Theil davon er empfangen habe. Hat er aber einen Theil richtig erhalten, so würde er nach dem Ergebniß der Eidesleistung nicht von seiner ganzen Schuld befreit sein, da er doch verpflichtet wäre, wenigstens den empfangenen Betrag zurückzuzahlen. B hat den eigentlichen Hergang, der ihn bewog den Schuldschein auszustellen, nirgends klar und deutlich angegeben; seine allgemeine und unbestimmte Behauptung, daß ihm der Kläger den Betrag von 800 fl. nicht bar zugezählt habe, kann, selbst wenn sie bewiesen wäre, von der Zahlungspflicht um so minder ihn befreien, als die Ausstellung eines so rechtsförmlichen Schuldscheines auch auf einem anderen Rechtsgrund als jenem der Zuzählung des baren Geldes beruhen kann.

---

## Nr. 4310.

### Beigebung eines Armenvertreters für das mündliche Verfahren an Orten, wo sich mehr als zwei Advocaten befinden.

**Entsch. v. 8. Nov. 1871, Nr. 13456 (Best. des den Beschluß des Ausschusses der Advocatenkammer in Laibach v. 16. Juni 1871, Nr. 61, abänd. Decr. des O. L. G. Graz v. 25. Oct. 1871, Nr. 13310). G. Z. 1872, Nr. 23.**

Das Gesuch der mittellosen Eheleute A um Beigebung eines unentgeltlichen Vertreters für einen zum mündlichen Verfahren quali-

ficirten Rechtsstreit, welchen sie beim städt.-deleg. B. G. Laibach gegen B zu führen gedenken, wurde vom Ausschuß der dortigen Advocatenkammer mit Berufung auf den §. 16 der Advoc.-Ordn. vom 6. Juli 1868, R. G. Bl. Nr. 96, abgewiesen, wonach der Advocat in allen Fällen, in welchen die Partei kraft des Gesetzes durch einen Advocaten nicht vertreten sein muß, auch nicht verpflichtet ist, eine Vertretung unentgeltlich zu besorgen. — Auf den Recurs der Eheleute A hat das O. L. G. in Erwägung, daß den Recurrenten nach §. 17 a. G. O. freisteht, die Klage in dem beabsichtigten Proceß mündlich oder schriftlich anzubringen, daß durch die citirte Advoc.-Ordn. bezüglich der Art der Verhandlung und Vertretung nichts geändert worden ist, die schriftliche Klage aber der Fertigung eines zum Gerichtsstand berufenen Advocaten bedarf, den Eheleuten A die nachgesuchte Beigebung eines Exofficio-Vertreters in ihrer erst anzustrengenden Rechtssache wider B bewilligt.

Der Recurs des Kammerausschusses, worin hervorgehoben wurde, daß ein unentgeltlicher Vertreter den Bittstellern selbst nach dem §. 17 a. G. O. nur zur Verfassung der Klage beigegeben werden könnte, wurde vom obersten Gerichtshof mit der Begründung verworfen, daß an der Bestimmung des §. 17 a. G. O. durch den §. 16 der Advoc.-Ordn. vom 6. Juli 1868, Nr. 96, nichts geändert worden ist und daß zur schriftlichen Durchführung des Rechtsstreites beim städt.-del. Bezirksgerichte zu Laibach, wo sich mehr als zwei Advocaten befinden, die Unterfertigung der Eingaben durch einen Advocaten nach der Verordnung des Justizministeriums vom 5. Juli 1859, R. G. Bl. R. 122, vorgeschrieben ist.

---

## Nr. 4311.

### Unzulässigkeit der Concurseröffnung auf Begehren eines nur Execution zur Sicherstellung führenden Gläubigers.

**Entsch. v. 8. Nov. 1871, Nr. 13459 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 9. Juni 1871, Nr. 32161 und des O. L. G. Wien v. 24. August 1871, Nr. 14361), G. H. 1871, S. 390.**

In Erledigung der auf das Bedeckungsgesuch des A gegen B nach §. 63 C. O. gepflogenen Verhandlung wurde von allen drei Instanzen der Antrag auf die Eröffnung des Concurses über das Vermögen des B zurückgewiesen. A hatte sein Begehren auf die gegen B erwirkte, allein von diesem durch Einwendungen angefochtene Wechselzahlungsauflage und auf die dem A in Folge der Einwendungen bewilligte Execution zur Sicherstellung gegründet. In den Motiven des obersten Gerichtshofes heißt es: Obgleich B dem ihm nach §. 63 C. O. ertheilten rechtskräftigen Auftrage nicht nachgekommen ist, konnte dennoch die Eröffnung des Concurses nicht bewilligt werden,

weil nicht fest steht, daß A eine Forderung gegen B hat, also kein Gläubiger ist. Denn weder der Wechsel noch die Zahlungsauflage beweisen, daß B dem A die in dem Zahlungsbefehl ausgedrückte Geldsumme schuldig sei, da B gegen den Zahlungsauftrag Einwendungen vorgebracht hat, über welche noch nicht entschieden ist, — und die Sicherstellung, die er für den Fall seines Unterliegens in dem Processe dem A zu leisten hat, ist nicht diejenige, von welcher der §. 63 C. O. spricht, da dieser Paragraph voraussetzt, daß der andringende Gläubiger, den der Schuldner, um der Concurseröffnung vorzubeugen, sicher stellen soll, sich als Gläubiger ausgewiesen, also einen richterlichen Spruch oder eine gerichtliche Anerkennung des Schuldners für sich habe, der bestrittene Zahlungsauftrag aber als ein richterlicher Spruch über den Bestand der Forderung nicht angesehen werden kann.

---

## Nr. 4312.

### Haupteid im Excindirungsproceß: Kenntniß der zu beschwörenden Thatsachen.

**Entsch. v. 9. Nov. 1871, Nr. 6018 (Best. des das Urth. des B. G. Innsbruck v. 23. Februar 1870, Nr. 7606, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck v. 1. März 1871, Nr. 2668). G. H. 1871, S. 410.**

In dem Processe des A gegen die B pto. Anerkennung seines Eigenthums an Mobilien, welche auf executives Einschreiten der Beklagten bei ihrer Schuldnerin C gepfändet worden waren, behauptete der Kläger, die vindicirten Sachen bei dem — seither verstorbenen — Trödler D gekauft zu haben, und trug darüber der Beklagten den rückschiebbaren Haupteid auf, gegen dessen Zulassung sie protestirte.

Der oberste Gerichtshof erkannte auf den Haupteid aus folgenden Gründen: Gegen den Haupteid wurde von der B eingewendet, daß er sich auf Umstände bezieht, die nicht im Bereiche ihrer Wahrnehmung gelegen sind. Dagegen ist zu bemerken, daß der B, welche in eigenem Namen den Proceß führt, der Haupteid nach §. 280 westg. G. O. auch über fremde Handlungen aufgetragen werden kann; daß, wenn der Beklagten die in dem Haupteid angeführten Thatsachen, deren Existenz sie doch abgeleugnet hat, nicht bekannt sind und sie deshalb nicht zu schwören wagt, sie den Eid zurückschieben mag; daß aber der Kläger durch ihre bloße Angabe, daß die zu beschwörenden Umstände ihr nicht bekannt seien, um das Beweismittel durch den Haupteid gegen die Vorschrift des §. 280 westg. G. O. nicht gebracht werden kann.

---

## Nr. 4313.

### Vermögensabtretung an ein Kind, unter Auftrag einer Leistung zu Gunsten eines anderen Kindes nach erreichter Großjährigkeit: Vertrag zu Gunsten Dritter?

Entsch. v. 9. Nov. 1871, Nr. 9955 (Best. des das Urth. des B. G. Haidenschaft v. 23. April 1870, Nr. 8934, abänd. Urth. des O. L. G. Triest vom 15. Mai 1871, Nr. 6062). G. Z. 1873, Nr. 89.

C hatte seinem Sohne B mit dem Vertrage vom 1. Februar 1842 sein ganzes Vermögen als Eigenthum überlassen und gleichzeitig die Verpflichtung auferlegt, seinem, des B, Bruder A bei Erreichung der Großjährigkeit oder der Verehelichung den Betrag von 300 fl. zu zahlen. Da B der übernommenen Verpflichtung nicht nachkommen wollte, wurde er von A wegen der Zahlung belangt. Der Beklagte bestritt die Giltigkeit des erwähnten Vertrages ob Mangels der Annahme nach §. 1019 a. b. G. B. und wendete ein, daß das Geschäft wegen unterbliebenen Beitrittes des A auch als eine unvollständige Assignation nach dem §. 1402 a. b. G. B. nicht rechtswirksam wäre. — Das Gericht erster Instanz wies den Kläger ab, weil dessen Verständigung von der Schenkung und Annahme in Gemäßheit des §. 1019 nicht erfolgt sei, der Auftrag für den Beklagten daher keine rechtsverbindliche Wirkung hervorbringen könne. — Das O. L. G. erkannte aus folgenden Gründen nach dem Klagebegehren. Die Proceßentscheidung hängt von der Lösung der Frage ab, ob dem Kläger auf den im Vertrage ihm zugedachten Geldbetrag ein Klagerecht überhaupt zustehe oder nicht. Es hat Kläger zur Begründung seines Anspruches in der Klage angeführt, daß ihn sein Vater als Gewaltgeber von dem ihm mit dem Vertrage zugewendeten Vortheile wiederholt in Kenntniß gesetzt habe; allein für diese vom Beklagten widersprochene Anführung wurde ein Beweismittel weder von der Partei selbst angetragen, noch von dem Richter abgefordert. Da jedoch, wie in der Folge gezeigt werden wird, nach der Sachlage der Vertrag schon bei seinem ursprünglichen Zustandekommen als vollständig abgeschlossen und allseitig rechtsgiltig anzusehen ist, erscheint jener Umstand ganz irrelevant und eine Feststellung desselben nicht weiter erforderlich. Der Auftrag, einem Dritten einen Vortheil zuzuwenden, d. i. zu dessen Vortheil im Namen des Auftragenden etwas zu leisten oder zu schenken, gründet nach dem Gesetze (§. 1019 a. b. G. B.) für den Dritten wohl erst dann ein Recht, wenn der Dritte von diesem Auftrage verständigt worden ist, weil er nur dann, wenn er von dem erhaltenen und angenommenen Auftrage Kenntniß erlangt hat, das zu seinem Vortheile gemachte Versprechen der Erfüllung des Auftrages annehmen und kraft des hiedurch erlangten Rechtes sowohl gegen den Machtgeber als den Machthaber Klage führen kann. In der Regel gestattet auch das Gesetz nicht (§. 881 a. b. G. B.), daß Jemand für einen An-

deren ein Versprechen machen oder annehmen könne. In dem vorliegenden Falle walten jedoch ganz besondere Verhältnisse ob, welche ausnahmsweise das Geschäft, wie es schon anfänglich verabredet und abgeschlossen wurde, als ein sofort rechtsgiltiges und für alle Paciscenten verbindliches erkennen lassen. Denn der Vertrag selbst ist vom Vater der heutigen Streittheile als Machtgeber mit dem dermaligen Beklagten, als Machthaber im Jahre 1842, also zu einer Zeit abgeschlossen worden, in welcher der im Jahre 1832 geborene Kläger noch unmündig war. Der Gewaltgeber war also damals der natürliche und gesetzliche Vertreter des Klägers und konnte in der doppelten Eigenschaft eines Geschenkgebers und eines Vertreters des Klägers nicht nur dem Beklagten den Auftrag ertheilen, dem Kläger beim Eintritte der festgesetzten Bedingung in seinem Namen einen Vortheil zuzuwenden, sondern auch zugleich das abgegebene Versprechen des Beklagten, daß er den erhaltenen Auftrag genau erfüllen werde, rechtsgiltig annehmen. In dieser doppelten Eigenschaft hat aber der Vater der Streittheile, der nicht nur ein specielles Interesse an der Einhaltung und somit an dem sogleichen und vollständigen Abschlusse des Vertrages, sondern auch die natürliche und gesetzliche Pflicht der Versorgung und Vertretung des Klägers hatte, auch wirklich in dem Vertrage zuerst dem Beklagten den Auftrag gegeben, dem Kläger den Betrag von 300 fl. seinerzeit auszufolgen und sohin das vom Beklagten gegebene Versprechen, dereinst den Auftrag zu erfüllen, als Repräsentant des von ihm gesetzlich vertretenen Klägers angenommen und es muß dieser Vertrag (da in Folge der vom Vertreter des Klägers geschehenen Annahme des den Beklagten zur Erfüllung des übernommenen Auftrages verpflichtenden Versprechens ein fernerer Widerruf des Auftrages von Seite des Gewaltgebers gar nicht mehr beabsichtigt wurde und auch nicht mehr stattfinden konnte) für den Beklagten nicht allein dem Gewaltgeber, sondern auch dem Kläger, dem beschenkten Dritten gegenüber als rechtsverbindlich und wirksam angesehen werden kann. Da es aufliegend ist, daß der Vater des Klägers diesem den im Vertrage bestimmten Betrag als Erbtheil von seinem Vermögen zugewendet wissen wollte, war schon deshalb und dann auch wegen der Natur des Geschäftes eine nähere Präcisirung des eigentlichen Rechtsgrundes der Schenkung, beziehentlich der Zuwendung des Vortheiles (welchen der Beklagte wohl ohne jede Rücksichtnahme auf einen Titel dem Kläger in Gemäßheit des für ihn verbindlichen Auftrages und Willens des Auftragenden zuzuwenden hatte) ganz unwesentlich und überhaupt für den aufrechten Bestand des klägerischen Anspruches unentscheidend.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil in Erwägung, daß Beklagter sich mit dem Vertrage verpflichtet hatte, dem Kläger bei Erreichung der Großjährigkeit oder bei der Verehelichung die Summe von 300 fl. zu bezahlen; daß die Bedingung zur

Bezahlung beim Kläger längst eingetreten ist; und daß der Kläger die Streitlegitimation und das Recht von seinem vertragschließenden Vater ableitet, welcher allerdings berechtigt war, im Namen seines Sohnes günstige Verträge zu schließen und dritte Personen rechtsgiltig zu verbinden.

---

## Nr. 4314.

### Stillschweigender Lohnvertrag.

**Entsch. v. 9. Nov. 1871, Nr. 10103 (Best. des Urth. des B. G. Olmütz vom 16. Juni 1870, Nr. 542, Abänd. des Urth. des O. L. G. Brünn vom 25. Jänner 1871, Nr. 16907). G. H. 1872, S. 241.**

Der Klage des A gegen die Verlassenschaft der B pto. Zahlung mehrjährigen Lohnes für die von ihm der B in der Verwaltung ihres Vermögens geleisteten Dienste wurde in erster Instanz unter Herabsetzung des begehrten Lohnbetrages stattgegeben, nachdem durch Zeugen zwar nicht die Verabredung eines Lohnes, jedoch der Umstand festgestellt worden war, daß A in den Vermögensangelegenheiten der B durch neun Jahre thätig gewesen ist und diese seine Dienste derselben auf ihre Anregung geleistet hat. — Von dem O. L. G. wurde der Kläger vollständig abgewiesen, weil in der „Anregung“, von der die Zeugen sprachen, die Zustimmung der B zum Abschluß eines Lohnvertrages nicht gefunden werden könne und kein Zeuge von der Zusicherung eines Lohnes etwas auszusagen vermocht habe, die bloße Leistung von Diensten und Arbeiten aber nach den §§. 1151 und 1152 a. b. G. B. zur Begründung eines Lohnvertrages eben nicht genüge, indem dazu ausdrücklich erfordert werde, daß sich der eine Theil zur Dienstleistung verpflichtet und der andere Theil die Dienste bestellt und deren Verlohnung zugesichert hat.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil. **Gründe:** Es liegt ein Lohnvertrag, allerdings nicht nach §. 1151, wohl aber nach §. 1152 vor, weil durch die Zeugenaussagen, gemäß welchen A die Dienste in Folge der Aufforderung der B geleistet hat, bewiesen ist, daß sie die Arbeiten bei ihm bestellte, und angenommen werden muß, daß der Besteller in einen angemessenen Lohn eingewilligt habe (§. 1152). Wenn auch die Zeugen nicht bestätigten, daß dem A von der B ein bestimmter Lohn versprochen ward, so bestätigten doch mehrere von ihnen, daß sie anerkannt habe, dem A eine Verlohnung schuldig zu sein. Es bedarf dafür — für das Versprechen eines Lohnes — auch keines Beweises, da die Pflicht der Verlohnung aus dem Gesetze folgt, und wer das Gegentheil behauptet, hat den hier, von der Beklagten nicht gelieferten, Beweis zu erbringen, daß ihr die Dienste unentgeltlich geleistet wurden. Die Bestimmung der durch Vertrag nicht festgesetzten Lohnessumme ist nach §. 1152 Sache des Richters.

---

## Nr. 4315.

### Rechtswirksamkeit eines mündlichen Schulderlasses.

Entsch. v. 14. Nov. 1871, Nr. 4934 (theilweise Abänd. der gleichförmigen Urth. des L. G. Hradisch v. 15. April 1870, Nr. 2536 und des O. L. G. Brünn v. 25. Jänner 1871, Nr. 17471). G. H. 1872, S. 328.

Die Klage des A gegen B pcto. Erlöschung eines Executionsrechtes war auf die Anführung gegründet, daß B ihm die Schuld erlassen habe. Der Beklagte bestritt die Wirksamkeit des Schulderlasses nach §. 943 a. b. G. B., weil derselbe nur mündlich geschehen war. — Beide Untergerichte waren der Meinung, daß ein Schulderlaß durch Schenkung der Errichtung einer schriftlichen Urkunde nicht bedarf und der oberste Gerichtshof (welcher im Uebrigen die Erkenntnisse derselben abänderte) trat dieser Ansicht mit folgender Ausführung bei: In der Auffassung der Untergerichte (Rechtswirksamkeit des Schulderlasses) kann eine offenbare Gesetzwidrigkeit nicht erblickt werden, weil der §. 1381 a. b. G. B., der die unentgeltliche Erlassung einer Schuld mit Einwilligung des Schuldners, für eine Schenkung erklärt, eben so wenig wie der §. 1444 ibid., der von der Aufhebung der Verbindlichkeit durch Entsagung des Gläubigers auf sein Recht zum Vortheil des Schuldners spricht, für den Schulderlaß ausdrücklich eine schriftliche Urkunde fordert.

---

## Nr. 4316.

### Pertinenzqualität von Maschinen: Abgesonderte Versteigerung der letzteren im Concurse.

Entsch. v. 14. Nov. 1871, Nr. 13431 (Best. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 13. Juni 1871, Nr. 68861 und des O. L. G. Wien vom 23. August 1871, Nr. 17029). G. H. 1871, S. 409.

In dem Concurse einer Fabriksgesellschaft wurde nach Abhaltung der allgemeinen Liquidirungstagfahrt von dem Masseverwalter mit dem Gläubigerausschusse (§. 147 C. O.) der Verkauf der Realitäten, Maschinen und sonstigen Effecten der Concursmasse durch öffentliche Versteigerung beschlossen und sodann von dem Masseverwalter bei dem Concursgerichte die Bewilligung der Feilbietung eines Hauses und der darin befindlichen Maschinen in der dem obigen Beschlusse entsprechenden Weise, wornach die Maschinen separat ausgeboten werden konnten, angesucht. Das Concursgericht bewilligte die Feilbietung, requirirte um deren Vornahme die Realinstanz und ließ die Pfandgläubiger verständigen. Dagegen recurrirte der Hypothekargläubiger A, weil nach dem Bescheide des Gerichtes die Maschinen nicht als Pertinenz der Fabrik feilgeboten werden sollten. — Das O. L. G. bestätigte die erstgerichtliche Verordnung, worauf A den Revisionsrecurs

ergriff, welcher von dem obersten Gerichtshofe verworfen wurde, weil bei dem Umstande, daß bei der Aufnahme des Concursinventars die fraglichen Maschinen nicht als Zugehör des Hauses, sondern abgesondert beschrieben und bewerthet wurden, die Pertinenzqualität derselben nicht im Grundbuche erscheint und auch nicht aus der im Grundbuche vorkommenden ganz allgemeinen Bezeichnung des Hauses als „Fabriksgebäude" gefolgert werden kann, ferner durch die von dem Gläubigerausschusse beschlossene Art der Feilbietung den Ansprüchen der Pfandgläubiger, denen unbenommen bleibt, die von dem Ausschusse und dem Masseverwalter nicht anerkannte Pertinenzqualität der Maschinen auch nach der vollzogenen Feilbietung geltend zu machen und die Ausscheidung des Erlöses von den Maschinen aus der allgemeinen Concursmasse zu bewirken, nicht präjudicirt wird, andererseits aber das Gericht durch die Verfügung, zufolge welcher die Maschinen als Pertinenz erklärt werden, den Ansprüchen der übrigen Concursgläubiger vorgreifen würde, — in den untergerichtlichen gleichförmigen Verordnungen eine zu deren Abänderung berechtigende Gesetzwidrigkeit nicht zu finden ist.

---

## Nr. 4317.

### Besitzstörungsproceß: Unzulässigkeit des Recurses gegen die Aufhebung der Endentscheidung erster Instanz wegen Formgebrechen.

Entsch. v. 14. Nov. 1871, Nr. 13700. G. H. 1872, S. 35.

In dem Besitzstörungsstreite des A gegen B hatte das Gericht erster Instanz, nachdem bei der von dem Beklagten nicht besuchten Tagfahrt das Klagebegehren von A eingeschränkt worden war, ohne den Beklagten über das geänderte Begehren zu hören, in der Hauptsache entschieden. Aus diesem Grunde wurde das Erkenntniß der ersten Instanz von dem O. L. G. aufgehoben und die Wiederaufnahme des Verfahrens verordnet.

Dagegen ergriff A den Revisionsrecurs, welchen der oberste Gerichtshof als unzulässig zurückwies, weil im Sinne des §. 16 der kaiserl. Verordn. vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12, ein Recurs nur gegen den die Besitzstörungssache entscheidenden Endbescheid statthaft ist, als welcher der angefochtene Bescheid des O. L. G. sich nicht darstellt.

---

## Nr. 4318.

## Theilweise Berichtigung des Kaufpreises durch Ausstellung von Wechseln: Unzulässigkeit der Intabulation des Pfandrechtes für die Wechselsumme auf Grund der allgemeinen Einräumung desselben für die aus dem Kaufvertrage erwachsenden Rechte.

Entsch. v. 14. Nov. 1871, Nr. 13702 (Best. des das Decr. des B. G. Aussig v. 29. Juli 1871, Nr. 6571, theilweise abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 3. Oct. 1871, Nr. 33831). G. Z. 1872, Nr. 23.

Nach Inhalt der über den Häuserverkauf des A an B errichteten Urkunde hat B a conto des Kaufschillings die auf den Häusern haftenden Passiva übernommen, dem A einige Hypothekarforderungen mit dem ausdrücklichen Versprechen der Haftung für deren Richtigkeit und Einbringlichkeit abgetreten und demselben zwei Wechsel ausgestellt. Mit Vorlage dieser Urkunde, welche am Schluß das Uebereinkommen der Contrahenten enthielt, daß dieselbe zur Uebertragung des Eigenthums und der einander eingeräumten Rechte und übernommenen Pflichten intabulirt werden könne, begehrte A die Intabulation, eventuell die Pränotation 1. des Eigenthums der Häuser für den Käufer B, 2. des Pfandrechtes für sich selbst an den verkauften Häusern zur Sicherstellung der Haftpflicht des B für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der cedirten Forderungen und der in den zwei Wechseln verschriebenen Summen. — Vom Gerichte erster Instanz wurde die begehrte Intabulation im ganzen Umfang bewilligt. — Auf den Recurs des B gegen die Einverleibung des Pfandrechtes hat das O. L. G. den erstgerichtlichen Bescheid im Punkte der Intabulation zur Sicherstellung der Haftung des B für die dem A cedirten Hypothekarforderungen mit Rücksicht auf die in der Vertragsurkunde enthaltene Gestattung der Eintragung der gegenseitigen Rechte und Pflichten der Contrahenten bestätigt, hingegen das Begehren des A um die Intabulation eventuell Pränotation des Pfandrechtes für die Wechselsummen abgewiesen, weil die beiden Wechsel dem Verkäufer an Zahlungsstatt für einen gleichen Betrag des Kaufschillings übergeben wurden und der Käufer dafür in der Urkunde eine specielle Haftung nicht übernahm, somit das in derselben am Schluß aufgenommene Uebereinkommen auf die Wechselforderungen nicht ausgedehnt werden kann. — Gegen die obergerichtliche Abänderung ergriff A den Recurs und machte geltend, daß zum mindesten die Pränotation der Wechselforderungen zu bewilligen sei, wenn auch die Wechsel selbst von ihm nicht vorgelegt wurden.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs mit der Erklärung, daß die obergerichtliche Entscheidung durch deren Begründung um so mehr gerechtfertigt ist, als A die ihm ausgestellten Wechsel als Zahlung des entsprechenden Theiles der Kaufsumme angenommen hat und auf Grund dieser Wechsel eine selbstständige Sicherstellung erwirkt werden konnte, wenn dieselben, was nicht geschah, protestirt worden wären.

---

## Nr. 4319.

### Besitzstörung durch eigenmächtige Veräußerung von Früchten: Verurtheilung zur Herausgabe des Erlöses im Besitzproceß.

**Entsch. v. 14. Nov. 1871, Nr. 13704 (Best. des Decr. des B. G. Jaroměř v. 20. Juli 1871, Nr. 5970, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 18. Sept. 1871, Nr. 29910). G. H. 1871, S. 415.**

Auf die Klage der Gemeinde A gegen B entschied das Gericht erster Instanz in possessorio summariissimo, daß B 1. durch die eigenmächtige Veräußerung (Versteigerung) der Früchte der Pflaumenbäume auf dem Grundstücke X die klagende Gemeinde in dem Besitz der Nutznießung dieser Bäume gestört habe und 2. schuldig sei, durch die Abfuhr des Versteigerungserlöses von 32 fl. an die Gemeindecasse den früheren Stand wieder herzustellen. — Von dem O. L. G. wurde in dem Punkte 2 das Klagebegehren abgewiesen, weil die Entscheidung über diesen Theil des Begehrens dem ordentlichen Rechtswege vorbehalten bleiben müsse.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung. Gründe: Da nach §. 5 der kaiserl. Verordnung vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12, der Richter in possessorio summariissimo auch die Wiederherstellung des gestörten Besitzes auszusprechen hat, so erscheint das Begehren der Gemeinde auch in dem von dem O. L. G. abgewiesenen Theile als vollkommen gerechtfertigt und zur Berücksichtigung in dem Besitzstörungsprocesse geeignet. Dasselbe ist deshalb nicht als Anspruch auf Entschädigung, sondern als die Forderung der Wiederherstellung des gestörten Besitzes aufzufassen, weil die Gemeinde selbst, durch ihre Verwaltungsorgane, die Licitation des Obstes vorgenommen und daraus mindestens den gleichen Betrag von 32 fl. gelöst haben würde, der ihr durch die Besitzstörung des Beklagten entzogen worden ist, während ein ihr daraus erwachsener Schaden nur in jenem Geldbetrag bestehen könnte, um welchen sie durch die eigene Vornahme der Licitation etwa mehr hätte erzielen können, dessen Ersatz im ordentlichen Rechtsweg zu fordern ihr unbenommen bleibt.

---

## Nr. 4320.

### Unzulässigkeit der Bestellung eines Armenvertreters in Sachen, für welche kein Anwaltszwang gilt.

**Entsch. v. 14. Nov. 1871, Nr. 13855 (Best. des Bescheides des Ausschusses der böhmischen Advokatenkammer v. 14. August 1871, Nr. 2061, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 16. Oct. 1871, Nr. 33942). G. Z. 1871, Nr. 104.**

Das Gesuch der Eheleute A um Beigebung eines unentgeltlichen Vertreters zur Durchführung eines Processes gegen B in X, wurde

von dem Ausschusse der Advocatenkammer abgewiesen, weil der Rechtsstreit bei dem B. G. in X mündlich zu verhandeln ist, an dem Sitze dieses Gerichtes aber sich kein Advocat befindet, sohin selbst die schriftliche Klage und andere Eingaben in Gemäßheit der Ministerialverordnung v. 5. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 122, ohne Unterschrift eines Advocaten überreicht werden können; weil ferner den Parteien freisteht, die Klage mündlich zu Protokoll zu geben, und nach §. 16 Advoc.-Ordn. der Advocat in jenen Fällen, in welchen die Partei kraft des Gesetzes durch einen Advocaten nicht vertreten werden muß, auch nicht verpflichtet ist, eine Vertretung unentgeltlich zu besorgen. — Das O. L. G. änderte diesen Bescheid dahin ab, daß der Ausschuß der Advocatenkammer aufgefordert wurde, für die Beschwerdeführer einen unentgeltlichen Vertreter aufzustellen. Gründe: Von dem Ausschusse der Advocatenkammer wird das Armenrecht der Eheleute A nicht bestritten. Der Ausschuß der Advokatenkammer ist nach dem dritten Absatze des §. 16 des Gesetzes vom 6. Juli 1868, R. G. Bl. Nr. 96, verpflichtet, dort einen unentgeltlichen Vertreter zu bestellen, wo die gesetzlichen Bedingungen hiezu vorhanden sind. Dem Ausschusse der Advocatenkammer steht daher nicht zu, die Aufstellung eines unentgeltlichen Vertreters blos aus dem Grunde zu verweigern, weil etwa dieser nach dem zweiten Absatze des citirten §. 16 das Recht hätte, die Uebernahme der unentgeltlichen Vertretung abzulehnen, welchem Rechte der Ausschuß nicht vorgreifen darf.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den Bescheid des Kammerausschusses, weil derselbe durch seine Begründung vollkommen gerechtfertigt ist und es sich wohl von selbst versteht, daß der Ausschuß der Advocatenkammer weder das Recht hat, noch angehalten werden kann, einem Advocaten die Uebernahme einer unentgeltlichen Vertretung aufzutragen, zu welcher derselbe in dem gegebenen Falle nach dem 2. Absatz des §. 16 der Advoc.-Ordn. nicht verpflichtet ist.

---

## Nr. 4321.

### Substitution für den Fall des Todes „vor erreichter Großjährigkeit“: Wirkung der ertheilten venia aetatis.

Entsch. v. 16. Nov. 1871, Nr. 8691 (Best. des das Urth. des L. G. Wien v. 18. Nov. 1870, Nr. 62061, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 15. März 1871, Nr. 4772). G. Z. 1872, Nr. 7.

Die M hatte ihren Sohn A zum Universalerben eingesetzt, zugleich aber demselben für den Fall, als er „vor seiner erreichten Großjährigkeit“ sterben würde, eine Stipendienstiftung substituirt. A wurde nach §. 252 a. b. G. B. mit Altersnachsicht für großjährig erklärt, verlangte von der Finanzprocuratur als Vertreterin der Stif-

tung die Zustimmung zur grundbücherlichen Löschung des bei einer Nachlaßrealität angemerkten Substitutionsbandes und trat in Folge der Weigerung der Finanzprocuratur gegen dieselbe klagend auf, indem er um das Erkenntniß bat, daß die in dem Testamente der M zu Gunsten einer Stipendienstiftung angeordnete fideicommissarische Substitution erloschen, die dem Kläger mit der Beschränkung der angeordneten fideicommissarischen Substitution gehörige Nachlaßrealität X fortan dessen unbeschränktes Eigenthum, und daß jene Beschränkung zu löschen sei. — Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Klagebegehren mit der Begründung, daß die Erklärung der Großjährigkeit nach §. 252 a. b. G. B. gleiche rechtliche Wirkung mit der wirklich erreichten Großjährigkeit habe; daß hier, wo ein Zweifel über die Tragweite entsteht, welche die Erblasserin ihrer Anordnung geben wollte, die Anordnung des §. 614 a. b. G. B. eintrete, wonach die Auslegung auf solche Art stattzufinden hat, wodurch die Verfügungsfreiheit des Erben am mindesten eingeschränkt wird; daß sonach hier durch die gerichtliche Großjährigkeitserklärung des A der Fall, für welchen die fideicommissarische Substitution errichtet wurde, aufgehört habe, somit dieselbe nach §. 615 a. b. G. B. erloschen sei. — Von dem O. L. G. wurde die Klage aus folgenden Gründen abgewiesen: Nach den allgemeinen gesetzlichen Auslegungsregeln müssen die von der Erblasserin gebrauchten Worte: „vor erreichter Großjährigkeit" in ihrer gewöhnlichen Bedeutung genommen werden. In dieser aber wird unter Großjährigkeit nur die physische Großjährigkeit verstanden, welche A noch nicht erreicht hat. Derselbe hat auch nicht bewiesen, daß die Erblasserin mit dem Ausdrucke „erreichte Großjährigkeit" einen ihr eigenen besonderen Sinn zu verbinden gewohnt war, nach welchem sie unter dem Worte „Großjährigkeit" auch die vor dem vollendeten 24. Lebensjahre erwirkte gerichtliche Großjährigkeitserklärung verstanden hätte. Daher kann auch der Ausweis, daß A gerichtlich mit Altersnachsicht für großjährig erklärt wurde, das Erlöschen der fraglichen Substitution nicht begründen. Diese Erklärung hat nach §. 252 a. b. G. B. allerdings gleiche rechtliche Wirkung mit der wirklich erreichten Großjährigkeit, jedoch nur in so ferne, als es sich um die eigenen Rechte des A handelt. Hier handelt es sich aber auch um die eventuellen Rechte eines Dritten, nämlich der Stipendienstiftung, welche für den Fall angeordnet ist, wenn A vor erreichter Großjährigkeit sterben sollte, und diese Rechte können von ihm nicht willkürlich durch Erwirkung der Altersnachsicht aufgehoben werden. Der §. 614 des a. b. G. B. findet, da die angeordnete Substitution nicht zweifelhaft ausgedrückt ist, keine Anwendung.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil des O. L. G., weil die Bestimmung des Schlußsatzes des §. 252 a. b. G. B. nur dahin verstanden werden kann, daß der mit Altersnachsicht für volljährig Erklärte durch die Großjährigkeitserklärung jene Rechte erlangt,

welche die wirkliche Erreichung der Volljährigkeit begründet, dagegen die durch die Erreichung des Großjährigkeitsalters einer Person bedingten Rechte Dritter durch die Ertheilung der Altersnachsicht nicht alterirt werden können.

---

## Nr. 4322.
## Legatum debiti.

**Entsch. v. 16. Nov. 1871, Nr. 10795 (Best. des Urth. des B. G. Flitsch v. 25. Nov. 1870, Nr. 1266, Abänd. des Urth. des O. L. G. Triest vom 2. Juni 1871, Nr. 1700). G. Z. 1872, Nr. 20. G. H. 1871, S. 410.**

M hatte in seiner letztwilligen Verordnung dem zur Erbschaft berufenen B auferlegt, dem A die Schuld im Betrage von 100 fl. zu bezahlen. Da B die Zahlung nicht leisten wollte, klagte A auf Zahlung des Schuldbetrages. B bestritt den Bestand und die Richtigkeit der eingeklagten Forderung und forderte von der Gegenseite den Beweis des Rechtsgrundes der Forderung. — Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Klagebegehren mit Berufung auf den §. 665 a. b. G. B. — Das O. L. G. wies das Begehren zurück, weil der Bestand der Schuld, welche M in seinem Testamente einbekannte, von der geklagten Partei in Abrede gestellt wird; weil, da in dem besagten Testamente die causa debendi nicht angegeben wurde, aus der bloßen Erklärung des letzten Willens, wegen Mangels der Anführung des rechtlichen Grundes derselben das Vorhandensein einer Verbindlichkeit als erwiesen nicht angenommen werden konnte; weil auch in Gemäßheit des §. 665 a. b. G. B., sobald der Erblasser das Vermächtniß der Schuld nicht bestimmt ausdrückt, diese, um von den Erben anerkannt zu werden, vom Legatar ausgewiesen werden muß.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz aus folgenden Gründen: Der geklagte Theil gestand, daß er der Testamentserbe des M war, und daß dieser in der letztwilligen Anordnung seine Schuld an A pr. 100 fl. anerkannte. Daraus folgt dessen Verpflichtung zur Zahlung im Sinne des §. 665 a. b. G. B., welcher eine Ausweisung der Schuld durch den Gläubiger nur dann verlangt, wenn der Erblasser sich nicht bestimmt ausgedrückt hat, was aber im vorliegenden Falle nicht eintritt, da der Erblasser seine Schuld bestimmt mit 100 fl. angab. Eine weitere Bestimmung insbesondere dem Titel nach zu verlangen, liegt weder im Wortlaute, noch im Geiste des Gesetzes, da der Erblasser dem Gläubiger eine bestimmte Summe auch ohne Erwähnung einer Schuld zuwenden kann, somit wohl auch im Falle dieser Erwähnung die Bestimmung der Summe genügen muß.

---

## Nr. 4323.

### Modalitäten der Execution auf Taggelder von Diurnisten.

**Entsch. v. 16. Nov. 1871, Nr. 13808 (Best. des das Decr. des L. G. Lemberg v. 31. Dec. 1870, Nr. 63728, abänd. Decr. des O. L. G. Lemberg vom 31. März 1871, Nr. 9737). G. H. 1872, S. 89.**

Der Tagschreiber eines Gerichtes recurrirte gegen die in zweiter Instanz nach Hofdecr. vom 22. August 1835, J. G. S. Nr. 80*), seinem Gläubiger A für 60 fl. bewilligte Einantwortung der Hälfte des Taggeldes, weil seitdem die Taggelder pauschalirt, nämlich bei der Staatscasse auf Namen des Einzelnen nicht mehr vorgemerkt sind, sondern aus dem Verlage des betreffenden Gerichtes von Zeit zu Zeit ausgezahlt werden, die Execution auf dieselben in der vom §. 412 westg. G. O. und von der Verordnung vom 9. Mai 1860, J. G. S. Nr. 125, vorgeschriebenen Weise nicht vollzogen werden könne.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs und bemerkte, daß der aus den citirten Vorschriften hergeleitete Grund die Abweisung des Executionsgesuches zu rechtfertigen nicht geeignet ist, zumal die Frage, wie die Diurnen ausgezahlt werden, mit der Executionsbewilligung nichts gemein hat.

---

## Nr. 4324.

### Wechselseitiges Testament: gemeinschaftliche Einsetzung eines Erben für den Fall, daß „beide Ehegatten mit Tod abgehen".

**Entsch. v. 17. Nov. 1871, Nr. 7868 (Best. des Urth. des B. G. Feldsberg v. 2. Juli 1870, Nr. 2670, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 30. März 1871, Nr. 5596). Jur. Bl. 1872, Nr. 6.**

Das von M und seiner Ehefrau B errichtete wechselseitige Testament enthält Vermächtnisse, sodann die Bestimmungen: daß das gesammte bewegliche Vermögen dem noch lebenden Theile „allein als Eigenthümer und Universalerben" verbleibt (Art. 2); daß, wenn „beide Theile mit Tod abgehen", das gesammte bewegliche und unbewegliche Vermögen nach Abzug der Schulden und Abhandlungsgebühren „den beiden nächsten Anverwandten der verstorbenen Theile als gleiche Erbschaft zukommen soll" (Art. 3 und 4). M starb und seine Schwester und nächste Anverwandte A, die in den Anordnungen der Art. 3 und 4 eine fideicommissarische Substitution zu ihren Gunsten auf den Fall des Todes der B erblickte, klagte gegen die B, der die Erbschaft ohne Substitutionslast eingeantwortet worden war, auf Anerkennung ihres Nacherbenrechtes. — Dem in erster Instanz abge-

---

*) So weit es sich um verfallene Taggelder handelt (§. 3 des Gesetzes v. 29. April 1873, R. G. Bl. Nr. 68), noch praktisch.

wiesenen Begehren wurde von dem O. L. G. aus folgenden Gründen stattgegeben: Der Art. 2 des Testamentes verordnet für den Fall des Ablebens eines Ehetheiles, daß der überlebende Gatte Universalerbe sei, und die Art. 3 und 4, welche bestimmen, was zu geschehen habe, wenn auch der andere Ehegatte verstorben sein wird, enthalten eine Beschränkung für den Erben des zuerst verstorbenen Ehetheiles, indem sie denselben verpflichten (Art. 4), die angetretene Erbschaft nach seinem Tode einem Nacherben zu hinterlassen, als welcher sich die Klägerin legitimirt hat. Die Beklagte ist daher schuldig, sie als fideicommissarische Erbin des M anzuerkennen, und ihre Einwendung, daß der Art. 3 des Testamentes nur dann hätte zur Geltung kommen können, wenn beide Ehegatten gleichzeitig oder in sehr kurzem Zeitraum bald nach der Testamentserrichtung gestorben wären, ist nicht stichhaltig, weil das Testament für diesen besonderen Fall keine Verfügung enthält und, wenn die Beklagte bei der Errichtung desselben nur diesen Fall bedacht wissen wollte, dies keine Berücksichtigung verdient, da ihr angeblicher Wille nicht erklärt worden ist und dafür, daß auch M nur diesen Fall bedacht wissen wollte, kein Anhaltspunkt vorliegt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz. Gründe: Das in Rede stehende Testament ist ein wechselseitiges Testament der Eheleute M und B. In einem solchen ist den Ehegatten nach §. 1248 a. b. G. B. gestattet, sich gegenseitig oder andere Personen als Erben einzusetzen. Der letztere Fall ist hier insoferne eingetreten, als für den Fall des Todes beider Gatten die Erbschaft ihren nächsten Verwandten zugedacht wird. Die mit dem §. 1248 a. b. G. B. vereinbarte Bestimmung enthält noch keine Substitution, sondern nur eine einfache Erbseinsetzung auf den Fall, daß kein Ehetheil Erbe des andern sein kann. Die fideicommissarische Substitution besteht nach §. 608 a. b. G. B. in der dem Erben auferlegten Verpflichtung, die angetretene Erbschaft nach seinem Tode oder in anderen bestimmten Fällen einem zweiten ernannten Erben zu hinterlassen. Für die Auflage einer solchen Verpflichtung spricht aber keine Rechtsvermuthung, sondern sie muß aus dem deutlichen Inhalt des letzten Willens erschlossen werden. Der Wortlaut des Testamentes bietet aber hiezu keinen Anhaltspunkt; denn die Einsetzung des fremden Erben für den Fall des Todes beider Testatoren hat ihren Grund nicht in der vorgängigen Einsetzung des eines Ehetheiles zum Erben des anderen, sondern in dem selbstständigen Rechte jedes der beiden Gatten, sich den Erben zu bestimmen. — Wollte man demungeachtet in der Berufung des dritten Erben eine Substitution sehen, so wäre sie, weil mindestens zweifelhaft ausgedrückt, so auszulegen, daß die Freiheit des instituirten Erben, über das Eigenthum zu verfügen, am wenigsten eingeschränkt wird (§. 614 a. b. G. B.), und könnte daher nur als gemeine, keinesfalls als fideicommissarische Substitution aufgefaßt werden.

---

## Nr. 4325.

### Exemtion der Nähmaschine eines Schneiders von der Execution.

Entsch. v. 17. Nov. 1871, Nr. 13659 (Best. des das Decr. des B. G. Königinhof v. 25. Juli 1871, Nr. 5067, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 18. Sept. 1871, Nr. 31982). G. H. 1871, S. 416.

In erster Instanz wurde dem Gläubiger A die executive Pfändung der Fahrniß seines Schuldners B, eines Schneiders, worunter eine Nähmaschine, bewilligt, vom O. L. G. aber die letztere von der Pfändung ausgeschlossen, weil die Nähmaschine für den Executen zu jenen nöthigen Werkzeugen gehört, mit welchen er sich den Lebensunterhalt verschafft (§. 340 a. G. O.). — Dagegen ergriff A den Recurs, in welchem er die Befreiung der Nähmaschine im Sinne des citirten Gesetzes bestritt, weil es erfahrungsgemäß noch viele Schneider gebe, die ohne Nähmaschine sich und ihre Familie erhalten müssen; weil ferner die Nähmaschine wohl für den Großbetrieb, nicht aber für den handwerksmäßigen Betrieb der Schneiderei nöthig sei, wie denn auch nicht jeder Schneider sich in der Lage sehe, einen so theueren Apparat sich anzuschaffen; weil auch die Worte des §. 340 a. G. O. „die nöthigsten Werkzeuge" deutlich entnehmen lassen, daß bei der Beurtheilung der Befreiungsfälle Strenge geboten sei und der Umstand, daß die gepfändete Sache den Betrieb des Gewerbes etwa leichter, bequemer und lucrativer macht, gar nicht in Betracht zu kommen habe. Die Pfändung der Nähmaschine des B sei daher um so mehr zuläßig, als dem Recurrenten kein anderes Zahlungsmittel zu Gebote stehe und der Execut eben durch den von dem Recurrenten ihm gewährten Credit in den Stand gesetzt wurde, sich die Nähmaschine anzuschaffen.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs mit Verweisung auf die obergerichtlichen Motive.

---

## Nr. 4326.

### Concurs: Verweisung einer Vermögensübertragungsgebühr in die erste Classe der Gläubiger vor Geltendmachung der dinglichen Haftung.

Entsch. v. 21. Nov 1871, Nr. 6235 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des L. G. Troppau v. 2. Sept. 1870, Nr. 5858 und des O. L. G. Brünn v. 28. Dec. 1870, Nr. 15132). G. H. 1872, S. 2.

Das von der Finanzprocuratur mittelst Klage gegen die Concursmasse des B gestellte Begehren um Zuerkennung der ersten Gläubigerclasse für eine ausständige Vermögensübertragungsgebühr von 250 fl. wurde von beiden Untergerichten abgewiesen — von dem

O. L. G. mit der Begründung, daß die fragliche Gebühr, welche in Folge des Verkaufes des Hauses X von C an D zu entrichten war, auf dem nunmehr der D gehörenden Hause X intabulirt und hiermit, wie die Klägerin selbst zugesteht, vollkommen sichergestellt ist, daher nach dem wortklaren Inhalt des §. 43, Nr. 4 der C. O., ferner im Sinne der §§. 458 und 1374 a. b. G. B. und selbst im Sinne des Hofdecr. vom 14. Februar 1840, J. G. S. Nr. 409, als eine Reallast nur aus jenem Hause die Befriedigung zu erhalten hat, welche aber von der Klägerin nach ihrem Zugeständnisse noch nicht gesucht worden ist. — Die Finanzprocuratur ergriff den a. o. Revisionsrecurs, wegen unrichtiger Auslegung des §. 43 C. O. In Nr. 4 dieses Paragraphen heißt es, „wenn die Gebühren nicht schon aus dem dafür haftenden Gute zur Zahlung gelangen". Zur Zahlung gelange aber dann eine Geldsumme, wenn sie solutionis causa von dem Schuldner gegeben und von dem Gläubiger in Empfang genommen wird. Es sei möglich, sogar wahrscheinlich, daß die Uebertragungsgebühr per 250 fl. in der Hypothek die volle Befriedigung finden werde; bis jetzt sei aber zur Realisirung derselben noch nichts vorgenommen worden und der gerichtsordnungsmäßige Beweis, daß die Zahlung sicher sei, ebenfalls nicht erbracht. So lange diese Gewißheit nicht vorliegt, sei die Ausschließung der besagten Gebühr aus der ersten Gläubigerclasse gesetzlich nicht begründet.

Der oberste Gerichtshof erkannte, mit Abänderung der untergerichtlichen Entscheidungen, nach dem Klagebegehren und bemerkte in den Motiven, daß die Einwendung des Concursmasseverwalters, daß die Finanzprocuratur im Sinne des §. 43, Nr. 4 C. O. nicht nachgewiesen habe, daß die Gebühr nicht schon aus dem dafür haftenden Hause zur Zahlung gelange, unbegründet sei, weil diese beschränkende Bedingung offenbar nur den Fall im Auge hat, daß das haftende Gut in dem Concursvermögen des Gebührenpflichtigen sich befindet, gegen welchen der Fiscus nach §. 68, Nr. 3 des Gebührengesetzes v. 9. Februar 1850, R. G. Bl. Nr. 50, die Gebühr geltend machte, und somit nach dem Stande des Concurses ohne Weiteres zu ersehen ist, ob und in welchem Maße die öffentliche Abgabe schon aus dem dafür haftenden Gute zur Zahlung gelangt.

---

## Nr. 4327.

### Verbot: Bescheinigung der Forderung durch Handelsbuchauszug.

**Entsch. v. 21. Nov. 1871, Nr. 13812 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Brody v. 28. April 1871, Nr. 3128 und des O. L. G. Lemberg vom 5. Sept. 1871, Nr. 24462). G. H. 1872, S. 6.**

Dem A wurde für eine mit dem Auszuge aus seinem Handelsbuche bescheinigte Forderung gegen B von beiden Untergerichten das

Verbot auf Waaren bewilligt. Dagegen ergriff B den a. o. Recurs, worin er anführte, daß nach Art. 34 des H. G. B. Buchauszüge nur einen unvollständigen Beweis liefern und nach §. 21 des Einführungsgesetzes zum H. G. B. nur zur Erwirkung der Pränotation geeignet seien, und daß der §. 376 westg. G. O. nur Urkunden, die der Schuldner ausgestellt hat, als Bescheinigungsmittel im Auge habe.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs aus folgenden Gründen: In dem Art. 34 des H. G. B. ist den Handelsbüchern die Kraft eines unvollständigen Beweises eingeräumt, allein dabei dem Richter überlassen, denselben ein größeres oder geringeres Maß der Beweiskraft, mithin auch die vollständige Beweiskraft beizulegen. Da ferners der §. 21 des Einführungsgesetzes zum H. G. B. Buchauszüge als zur Einwirkung der Pränotation, d. i. einer bedingten Sicherstellung hinreichende Urkunden erklärt und das Verbot eben eine bedingte Sicherstellung ist, so muß im Sinne des §. 376 westg. G. O. auch der Buchauszug als eine für die Erwirkung des Verbots taugliche Urkunde angesehen werden.

---

## Nr. 4328.

### Einfluß der Concurseröffnung auf passive Streitgenossen des Gemeinschuldners.

**Entsch. v. 21. Nov. 1871, Nr. 13930 (Best. des das Decr. des K. G. Jičin v. 8. August 1871, Nr. 3615, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 28. August 1871, Nr. 29107). G. H. 1872, S. 35.**

In der Rechtssache des A gegen die Firmen B und C pto. Zahlung von 1176 fl. wurde nach vollzogener Acteninrotulirung in Folge des über die C eröffneten Concurses das Verfahren unterbrochen (§. 7 C. O.) und der Kläger angewiesen, nach den Bestimmungen der C. O. vorzugehen. — Das O. L. G. änderte diesen Bescheid in dem Sinne ab, daß das Verfahren nur gegenüber der falliten Firma C zu unterbrechen, mit der Firma B hingegen fortzusetzen sei. In dem dagegen ergriffenen Revisionsrecurse wurde angeführt, daß das O. L. G. auf die einschlägigen Bestimmungen des H. G. B., des a. b. G. B., der a. G. O. und des Hofdecr. vom 4. September 1801, J. G. S. Nr. 535 (Ein alle Streitgenossen einschließendes Verfahren und Urtheil), keine Rücksicht genommen habe, und daß dem Kläger, welcher den Willen an den Tag gelegt, die Zahlung von beiden Beklagten zu fordern, nicht mehr frei stehe, von dieser Wahl zurückzutreten, es wäre denn, daß er von der ganzen Klage abstände.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung der zweiten Instanz, weil dieselbe durch den §. 7 C. O. begründet ist und die Trennung des Erkenntnisses gegen die Firma C nicht hindert, die Solidar-

verbindlichkeit derselben mit der Firma B für den Fall auszusprechen, als die Zahlungspflicht der Letzteren in dem Liquidationsverfahren des Concurses oder im besonderen Processe erkannt werden sollte.

---

## Nr. 4329.

### Objective Klagenhäufung: Forderungen aus einer fortlaufenden Rechnung für „Lieferungen an Geld und Waaren".

Entsch. v. 21. Nov. 1871, Nr. 14005 (Best. des das Decr. des B. G. Görz v. 11. April 1871, Nr. 3685, abänd. Decr. des O. L. G. Triest v. 16. Juni 1871, Nr. 3180). G. Z. 1872, Nr. 19. G. H. 1872, S. 154.

A belangte den B wegen Zahlung von 181 fl. für Lieferungen an Waaren und Geld aus seinem Geschäfte, auf Grund eines Auszuges der zwischen den Parteien fortlaufenden Rechnung. Der Beklagte wendete in der Verhandlung die Cumulirung ein, indem Kläger die Zahlung aus dem Titel einer Waarenlieferung und aus einem Darleihen verlange und stellte das Begehren auf Zurückweisung der Klage wegen Cumulirung. — Das Gericht erster Instanz gab dieser Einwendung statt und wies nach durchgeführtem Verfahren die Klage zur Sonderung der Klagspetite zurück. — Von dem O. L. G. wurde der erstrichterliche Bescheid aufgehoben und die Entscheidung der Sache in merito verordnet, weil die Zahlung auf Grund einer aus Lieferungen in Waaren und Geld entspringenden zwischen den Parteien bestehenden Rechnung begehrt wird und, da der Titel der Lieferung bei beiden Forderungen des Klägers derselbe ist, der Umstand der Verschiedenheit des Gegenstandes der Lieferung in keine weitere Betrachtung gezogen werden könne, daher in dem Klagebegehren eine Vermengung verschiedenartiger, unter sich in keiner Beziehung stehender Klagefacta nicht zu ersehen sei.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz in Erwägung, daß es sich im vorliegenden Falle um eine Forderung handelt, welche sich auf eine fortlaufende Rechnung zwischen dem Kläger und dem Beklagten stützt, daß die Verhandlung bereits durchgeführt wurde, und gegen eine gegründete Entscheidung in der Hauptsache kein Bedenken obwaltet.

---

## Nr. 4330.

### Immobilienfeilbietung: Sanirung der unterbliebenen Verständigung eines Hypothekargläubigers durch Befriedigung desselben.

Entsch. v. 21. Nov. 1871, Nr. 14023 (Aufheb. des Decr. des O. L. G. Prag v. 21. August 1871, Nr. 28744). G. H. 1872, S. 2.

Von dem O. L. G. wurde die executive Feilbietung einer Liegenschaft auf den Recurs des Executen und des Tabulargläubigers B wegen der unterbliebenen Zustellung des Feilbietungsbewilligungsbescheides an den Letzteren aufgehoben.

Der oberste Gerichtshof hielt die Versteigerung aufrecht. Gründe: Die bei Nullität vorgeschriebene vorgängige Verständigung der Hypothekargläubiger von der executiven Feilbietung hat den Zweck, sie in die Lage zu bringen, die Forderung, wegen welcher die Feilbietung begehrt wurde, einzulösen und so die Versteigerung hintanzuhalten (§. 462 a. b. G. B.). Außerdem bestimmt der §. 438 westg. G. O., daß ungeachtet der unterbliebenen Verständigung die Feilbietung giltig bleibt, wenn der Meistbieter die vorgemerkten Gläubiger übernimmt. Nun hat in dem vorliegenden Falle der Ersteher nicht nur zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers B sich bereit erklärt, sondern den Betrag der Forderung, dessen Annahme B ablehnte, bei Gericht erlegt. Dadurch hat B das Recht verloren, die Vernichtigung der Feilbietung wegen der unterbliebenen Verständigung zu verlangen; denn als Pfandgläubiger hat er eben nur das Recht, aus der Hypothek befriedigt zu werden.

---

## Nr. 4331.

### Besitzstörung durch unbefugte Durchsuchung einer Wohnung?

Entsch. v. 21. Nov. 1871, Nr. 14104 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Brixen v. 23. Sept. 1871, Nr. 5792 und des O. L. G. Innsbruck v. 11. Oct. 1871, Nr. 4165). G. H. 1871, S. 395.

Die Besitzstörungsklage des A gegen den B war darauf gegründet, daß B in die Wohnung des A kam und ohne dessen Erlaubniß dieselbe durchsuchte, die Betten durcheinander hob und den Kasten des A öffnete und durchstöberte. Aus der Verhandlung ergab sich, daß B nach von ihm vermißten Roßhaaren suchte. — Die Klage wurde von beiden Untergerichten abgewiesen — von dem O. L. G. mit der Begründung, daß nur jener eigenmächtige Eingriff in den Besitz eines Anderen das Merkmal der Besitzstörung hat, welcher in der Absicht geschieht, um dadurch Besitzrechte zu erlangen, daß aber dem

Beklagten die Absicht ferne lag, durch die unbefugte Durchsuchung der Wohnung des Klägers sich Besitzrechte an derselben zu verschaffen.

Der oberste Gerichtshof verwarf mit Bezugnahme auf diese Begründung den a. o. Revisionsrecurs des Klägers.

---

## Nr. 4332.

### Excindirungsklage der Gattin des Executen: Unzulässigkeit des dem Executionsführer über die gegenseitigen Beziehungen der Gatten aufgetragenen Haupteides.

**Entsch. v. 22. Nov. 1871, Nr. 5937 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Innsbruck v. 23. Mai 1870, Nr. 5884 und des O. L. G. Innsbruck v. 28. Februar 1871, Nr. 2855). G. H. 1871, S. 410.**

Die A reclamirte das Eigenthum der auf executives Einschreiten des Beklagten B bei ihrem Ehemann C für eine Schuld desselben gepfändeten Pferde, indem sie anführte, daß C die Pferde in ihrem Auftrage und mit ihrem Gelde gekauft habe, und darüber dem B den rückschiebbaren Haupteid auftrug. Sie wurde von beiden Untergerichten ohne Zulassung dieses Beweises abgewiesen, weil der deferirte Haupteid sich auf Umstände beziehe, die nur das enge Verhältniß zwischen beiden Ehegatten berühren, daher jedem Dritten fremd sein müssen, so daß der Beklagte, welchem geradezu unmöglich ist, das Gegentheil zu erfahren, genöthigt wäre, den aufgetragenen Haupteid zurückzuschieben und die Proceßentscheidung einzig und allein der Klägerin zu überlassen, was weder billigen Rechtsgrundsätzen noch dem Geiste der Gerichtsordnung entspräche, welche die Freiheit der Beweisführung ohne Gewissenszwang für beide Proceßparteien in gleicher Weise wahrt.

Der oberste Gerichtshof verwarf die a. o. Revisionsbeschwerde der Klägerin mit der Bemerkung, daß in den angefochtenen Urtheilen um so weniger eine offenbare Ungerechtigkeit gefunden werden kann, als der Inhalt des Eides mit der von der Klägerin nicht bestrittenen Anführung des Beklagten, daß seine Forderung gegen C aus einem von C zum Betriebe seines Lohnkutschergewerbes auf Borg geschlossenem Pferdeverkauf herrühre, in Widerspruch stände.

---

## Nr. 4333.

### Relicitation: Umfang der Haftung des ersten Erstehers.

**Entsch. v. 22. Nov. 1871, Nr. 6363 (Best. des das Urth. des B. G. Drachenburg v. 25. Dec. 1870, Nr. 6416, abänd. Urth. des O. L. G. Graz vom 15. Februar 1871, Nr. 1928). G. Z. 1872, Nr. 26.**

Nach den Bedingnissen einer executiven Immobilienversteigerung hatte der Ersteher B das Meistgebot vom Tage der Versteigerung bis

zur Zahlung der darauf angewiesenen Gläubiger mit 5 Percent zu verzinsen. Demgemäß wurde die Meistgebotsvertheilung verfaßt und der Pfandgläubiger A mit seiner auf dem Grundstück als unverzinslich intabulirten Forderung und den ihm erlaufenen Executionskosten, zusammen im Betrage von 476 fl. und 5 Percent Zinsen seit dem Versteigerungstage, 19. October 1867, auf das Meistgebot angewiesen. Da B die als Ersteher übernommenen Pflichten nicht erfüllte, so kam es zur Relicitation auf seine Gefahr und Kosten, unter den gleichen Bedingnissen wie bei der ersten Feilbietung. Demnach hatte der neue Ersteher das Meistgebot vom Tage der Relicitation ab den darauf angewiesenen Gläubigern zu verzinsen, und es wurde daher A in der neuen Kaufschillingsvertheilung mit seiner Forderung von 476 fl. und den 5 Percent Zinsen seit dem Relicitationstage, 3. Juli 1869, auf das Meistgebot angewiesen. Nun belangte A den ersten Ersteher B auf Zahlung der 5 Percent Zinsen von den besagten 476 fl. für die Zeit vom Tage der ersten Versteigerung bis zu jenem der Relicitation, d. i. vom 19. October 1867 bis 3. Juli 1869. — In erster Instanz wurde der Kläger aus folgenden Gründen abgewiesen: Die von dem Kläger angesprochenen Zinsen gebühren ihm weder aus dem Vertrage, weil der licitatorische Verkauf zwar ein Vertrag, allein nicht von den Gläubigern des Executen, sondern von dem Executen selbst unter Vertretung des Gerichtes, mit dem Ersteher geschlossen worden ist, — noch aus dem Gesetze, weil der §. 338 a. G. O. nur bestimmt, daß das Gut auf Gefahr und Kosten des die Zahlungsfristen nicht einhaltenden Erstehers relicitirt werden soll und eine weitere Haftung im Gesetze nicht ausgesprochen ist. Endlich kann der Kläger die Pflicht des B zur Zahlung der begehrten Zinsen auch nicht mit der Assignation begründen (§§. 1400—1402 a. b. G. B.), weil die erste Meistgebotsvertheilung, worauf das Klagebegehren vorzugsweise sich stützt, durch die zweite Kaufschillingsvertheilung außer Kraft gesetzt worden ist. — Vom O. L. G. wurde dem Klagebegehren stattgegeben. Gründe: B ist dem A zur Zahlung der geforderten Zinsen verpflichtet, weil im Sinne des §. 338 a. G. O. die „auf Gefahr und Kosten" des Erstehers vollzogene Relicitation die Haftung desselben dafür, daß der Betheiligte so viel im Ganzen bekomme, als er bei vollständiger Erfüllung der Bedingnisse der ersten Versteigerung erhalten hätte, und außerdem den Ersatz des weiteren aus der Nichterfüllung des ersten licitatorischen Kaufes ihm entstandenen Schadens erlange, in sich schließt. Die von B vorgebrachte Einwendung, daß die Forderung des Klägers, weil auch mit dem Betrage des zweiten Meistgebotes noch gedeckt, von ihm bei der Vertheilung dieses Meistgebotes hätte geltend gemacht werden sollen, ist ungegründet. Denn die Vertheilung des Meistgebotes auf eine im Executionswege versteigerte Liegenschaft darf nur jene Forderungen umfassen, für welche die Liegenschaft grundbücherlich verpfändet ist; daher konnte die klägerische For-

derung, welche Zinsen von seinem im Grundbuche als unverzinslich eingetragenen Capital und von den Gerichtskosten zum Gegenstande hat, nicht auf das besagte Meistgebot angewiesen werden und es bleibt vielmehr der Beklagte aus der ersten Meistgebotsvertheilung ihm zur Zahlung jener Zinsen verpflichtet.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil aus dessen Gründen.

---

## Nr. 4334.

## Fideicommissarische Substitution? — Schenkung auf den Todesfall.

**Entsch. v. 22. Nov. 1871, Nr. 13853 (Best. des Urth. des B. G. Blowitz v. 18. Jänner 1871, Nr. 149, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 4. April 1871, Nr. 10448). G. H. 1872, S. 327.**

M besaß eigenthümlich die Hälfte des Gutes X, dessen andere Hälfte seiner ersten Gattin N gehörte und ihm nach ihrem Tode erbsweise mit der in ihrem Testamente ihm auferlegten Verpflichtung eingeantwortet und grundbücherlich zugeschrieben wurde, das Gut seinerzeit einem (nicht benannten) der 4 Söhne zu übergeben. M verheiratete sich wieder, verpflichtete im Jahre 1863 durch eine dem Grundbuche einverleibte Urkunde den noch nicht genannten Nachfolger in dem Grundbesitze zur Entrichtung eines Capitals und eines Ausgedinges an die zweite Frau B und von Erbtheilen an deren Kinder, und starb im Jahre 1865 mit Hinterlassung einer in demselben Jahre errichteten letztwilligen Anordnung, worin das Gut seinem Sohne erster Ehe A zugedacht war. Der Letztere trat die Erbschaft seines Vaters an und belangte die B und ihre Kinder wegen Ungiltigerklärung der vorerwähnten Urkunde vom Jahre 1863 und Löschung der Intabulation derselben, indem er die letztwillige Verfügung der N als eine fideicommissarische Substitution qualificirte und daher dem M als Institutus das Recht bestritt, die mit dem Substitutionsbande vinculirte Liegenschaft einzuschulden. — Das Gericht erster Instanz hielt das Klagerecht für begründet und erkannte nach dem gestellten Begehren. — Von dem O. L. G. wurde die Klage aus den folgenden Erwägungen abgewiesen: Die Anordnung der N kann im Sinne des §. 608 a. b. G. B. als eine reine fideicommissarische Substitution nicht angesehen werden, weil M die Gutshälfte der N nicht unentgeltlich erhielt, sondern den Kindern erster Ehe die mütterlichen Erbtheile nach dem Schätzungswerthe des Nachlasses der N auszuzahlen hatte, weil die N den Nachfolger in dem Gutsbesitze nicht allein für ihren Nachlaß, sondern auch für die ihrem Manne unbeschränkt eigenthümliche Gutshälfte einsetzte — was der Bestimmung des §. 609 a. b. G. B. entgegen ist — und weil in ihrer Anordnung weder die Person, der

das Gut übergeben werden sollte, noch die Zeit der Uebergabe bestimmt und beides der Wahl des M überlassen wurde. Das Recht, die Wirthschaft einzuschulden, ward ihm durch diese testamentarische Anordnung nicht entzogen; auch muß nach den §§. 614 und 915 a. b. G. B. im Zweifel angenommen werden, daß M sich nur die geringere Last auferlegen wollte. Hatte aber M das Recht der Einschuldung, so war er nach den §§. 357 und 362 ibid. auch berechtigt, seiner zweiten Frau das Capital und Ausgeding und seinen Kindern zweiter Ehe Erbtheile auszusetzen, unbeschadet seiner Verbindlichkeit zur Uebergabe der Wirthschaft an den Sohn erster Ehe. Da M im Testamente vom Jahre 1865 den Sohn A zum Nachfolger in dem Gutsbesitze bestimmt hat, so ergibt sich aus der Verbindung beider Urkunden — jener vom Jahre 1863 und des Testamentes — der Wille des M, daß nach seinem Tode dieser Nachfolger die in der Urkunde vom Jahre 1863 ausgedrückten Pflichten zu erfüllen habe. Nachdem ferner diese für die Beklagten nach §. 938 a. b. G. B. als eine gesetzlich förmliche Schenkung sich darstellende Urkunde 7 Jahre vor der gegenwärtigen Klage zur Sicherstellung der darin übernommenen Verbindlichkeiten intabulirt worden ist, so sind die Beklagten gegen den Klageanspruch auch durch die von ihnen eingewendete Verjährung, respective Ersitzung (§§. 1467, 1469, 1478 ibid.) geschützt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz. Gründe: Die letztwillige Anordnung der N enthält allerdings keine fideicommissarische Substitution im Sinne der §§. 608 und 614 a. b. G. B., weil sie sich auf die ganze Grundwirthschaft, mithin auch auf die dem Ehemanne schon eigenthümlich gewesene Hälfte derselben bezieht und weil die N jenen ihrer Söhne, dem die Grundwirthschaft seiner Zeit zu übergeben wäre, nicht bezeichnet (§. 564 ibid.), sondern diese für eine Erbseinsetzung wesentliche Bestimmung dem M überlassen hat. Darum hat auch M die zweite, ihm erbsweise zugefallene Gutshälfte, nicht als Fruchtnießer im Sinne des §. 613 ibid., sondern als Eigenthümer ohne Beschränkung in dem Rechte zur Belastung erworben und ist ihm die Realität zum Eigenthum ohne anderweitige Beschränkung nur mit der Verpflichtung eingeantwortet und grundbücherlich zugeschrieben worden, sie seiner Zeit auf einen seiner Söhne erster Ehe zu übertragen; und dieser Verpflichtung, deren Erfüllung an einen bestimmten Zeitpunkt nicht geknüpft war und auch erst nach seinem Tode erfolgen konnte, ist M in seinem Testamente nachgekommen. — Allein ungeachtet dieses unbeschränkten Dispositionsrechtes des M kann die von ihm im Jahre 1863 errichtete und darauf intabulirte Urkunde als rechtsgiltig nicht anerkannt werden. Da nämlich M erst in seinem kurz vor dem Tode errichteten Testamente den Sohn erster Ehe, der das Gut übernehmen sollte, bestimmt und damit seinen Willen, daß die Erfüllung der dem Gutsübernehmer in der Urkunde vom Jahre 1863 zugemutheten Verpflichtungen erst

nach seinem Tode erfolgen soll, deutlich erklärt hat, und da die in dieser Urkunde ausgedrückten Verbindlichkeiten (das der Witwe zu leistende Ausgeding — die den Kindern zweiter Ehe ausgesetzten Erbtheile) in Betreff der Fälligkeit naturgemäß von dem Tode des M abhängig sein sollten, so stellt sich die gedachte Urkunde vom Jahre 1863 als eine Schenkung des M auf den Todesfall dar, die als Vermächtniß wegen Mangels der vorgeschriebenen Förmlichkeiten (von M nur mit dem Kreuzzeichen und von keinem Zeugen gefertigt, §§. 579, 647 und 956 a. b. G. B.) und als Vertrag deshalb nicht giltig ist, weil M des Rechtes, die Schenkung zu widerrufen, sich nicht begeben hat. Es haben daher die Beklagten daraus kein Recht erworben und es kann auch nicht die vollzogene Intabulation dieser nichtigen Urkunde aufrecht erhalten werden. — Die Verjährung kann aber von den Beklagten deshalb nicht entgegengesetzt werden, weil sie sich im Abhandlungswege damit, daß A zur Bestreitung der Urkunde vom Jahre 1863 den Rechtsweg betrete, einverstanden erklärt und ihm zur Ueberreichung der Klage eine Frist bewilligt, dadurch aber auf die Einwendung der Verjährung verzichtet haben.

---

## Nr. 4335.

### Beschädigung durch unvorsichtiges Fahren: Rechtskraft des freisprechenden strafgerichtlichen Erkenntnisses?

**Entsch. v. 23. Nov. 1871, Nr. 8532 (Best. des das Urth. des B. G. Graz v. 17. Nov. 1870, Nr. 22929, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 25. April 1871, Nr. 1736). G. H. 1872, S. 105.**

Die Klage des A für seine durch unvorsichtiges Fahren des B körperlich verletzte minderjährige Tochter puncto Zahlung von Schmerzengeld wurde in erster Instanz ohne Zulassung der für das Verschulden des B (das er leugnete) angebotenen Beweise durch Zeugen und Experten abgewiesen, weil B in dem voraufgegangenen Strafverfahren der Körperverletzung für nicht schuldig erklärt wurde, damit der volle Beweis hergestellt sei, daß der Thatbestand der in den §§. 335 und 341 St. G. B. bezeichneten Delicte nicht vorliege, mithin dem B ein Verschulden an der Verletzung nicht zur Last gelegt werden könne.

Von dem obersten Gerichtshofe wurde in Uebereinstimmung mit der zweiten Instanz auf die vorerwähnten Beweise erkannt und bemerkt, daß nach den §§. 1325 und 1338 a. b. G. B. im Falle einer durch Verschulden eines Dritten erfolgten Körperverletzung die strafgerichtliche Verurtheilung desselben zur Bedingung seiner Pflicht, dem Beschädigten Schmerzengeld zu zahlen, nicht gesetzt ist.

---

## Nr. 4336.

### Haftung für die Einbringlichkeit einer cedirten Forderung: Verschulden des Cessionars?

**Entsch. v. 23. Nov. 1871, Nr. 11681 (Best. des Urth. des B. G. Linz vom 31. Dec. 1870, Nr. 12893, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 17. Mai 1871, Nr. 8932). G. Z. 1872, Nr. 26.**

Nachdem B von seiner auf 315 fl. sich belaufenden Forderung an C den Theilbetrag von 287 fl. dem A entgeltlich um den gleichen von A ihm gezahlten Betrag unter Uebernahme der übrigens schon gesetzlichen Haftung für vollständige Richtigkeit und Einbringlichkeit cedirt hatte, wurde auf Einschreiten des Rechtsfreundes des Cedenten die ganze Forderung von 315 fl. noch auf den Namen des Letzteren bei der Liegenschaft des Cessus pränotirt. Darauf verschaffte sich ein Gläubiger des B an dieser in Folge der Rechtfertigung der Vormerkung grundbücherlich für B haftenden Forderung von 315 fl. das executive Pfandrecht und brachte dieselbe zur Versteigerung, bei der sie ein Dritter um den Betrag von 300 fl. erstand, womit der Executionsführer befriedigt wurde. Auf solche Weise um die ihm cedirte Theilforderung von 287 fl. gekommen, belangte A den B auf Zahlung der gegebenen Cessionsvaluta gleichen Betrages. Er begründete seinen Anspruch mit der im §. 1397 a. b. G. B. normirten Haftung des Cedenten für Richtigkeit und Einbringlichkeit der cedirten Forderung, und auf die von B dagegen vorgebrachte Einwendung, daß die Forderung durch seine eigene Nachlässigkeit uneinbringlich geworden sei (§. 1398 a. b. G. B.), machte der Kläger replicando geltend, daß vielmehr der Beklagte die Uneinbringlichkeit herbeigeführt und verschuldet habe, indem er die Forderung trotz der Cession noch auf seinen Namen bei der Realität des Schuldners pränotiren ließ, wodurch allein dem Gläubiger des Beklagten die Execution auf dieselbe möglich und in Folge dieser Execution dem Kläger die Realisirung der Forderung unmöglich geworden sei. — In erster Instanz wurde dem Klagebegehren aus folgenden Gründen stattgegeben. B hat zugestanden, daß er die Klagesumme zweimal bekommen habe: einmal vom Kläger A, und durch den licitatorischen Verkauf der Forderung, woraus er dem A die 287 fl. cedirt hatte, weil dadurch sein Gläubiger befriedigt und sein Schuldenstand um den Betrag des Meistgebots vermindert worden ist. Die Einwendung des B, daß die dem A cedirte Forderung für den Letzteren aus dessen eigenem Verschulden verloren gegangen sei, weil A nichts unternommen habe, um sie hereinzubringen, ist ungegründet. Allerdings haftet der Cedent nicht, wenn die ursprünglich einbringliche Forderung später durch ein Versehen des Cessionars uneinbringlich geworden ist (§. 1398 a. b. G. B.); allein die zur Zeit der Abtretung an den A aus dem Vermögen des Cessus einbringliche Forderung wurde niemals uneinbringlich, vielmehr aus

dessen Vermögen in der That hereingebracht und sogar zum Vortheil des Cedenten realisirt. Dieser war somit, vermöge seiner Haftung für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der abgetretenen Forderung, zur Zahlung des eingeklagten Betrages zu verurtheilen. — Das O. L. G. hat den Kläger abgewiesen. Gründe: Die im §. 1397 a. b. G. B. normirte Haftung des Cedenten, worauf die Klage gestützt ist, tritt hier nicht ein, weil die von B dem A cedirte Forderung zur Zeit der Cession richtig und einbringlich gewesen ist, diese Eigenschaften fortan bewahrt hat und wirklich hereingebracht worden ist. Daß sie aber ein Dritter, nicht der Kläger hereingebracht hat, beruht auf einem Versehen, das nach §§. 1398 und 1399 a. b. G. B. dem Kläger zur Last fällt, welcher — wie er selbst zugesteht — unterlassen hat, zweckdienliche, d. h. gerichtliche Schritte zu unternehmen, um die ihm cedirte Forderung für sich hereinzubringen oder sicherzustellen. Der Kläger deducirt die Haftung des Beklagten auch daraus, daß die Forderung durch Verschulden des Letzteren uneinbringlich geworden ist. Auf diesen erst in der Replik angeführten, in den Normen über Gewährleistung und Schadenersatz beruhenden Klagegrund kann aber nach §. 21 a. G. O. keine Rücksicht mehr genommen werden.

„Mit Festhaltung der erstgerichtlichen Gründe und in der Erwägung, daß ein Versäumniß des Cessionars in der Hereinbringung der cedirten Forderung nicht vorliegt, indem dieselbe durch das vermeintliche Versäumniß des Cessionars nicht uneinbringlich wurde, vielmehr trotz solchem Versäumnisse vom Schuldner hereingebracht werden konnte und auch wirklich hereingebracht wurde, und daß, wenn sie dennoch für den Kläger uneinbringlich geworden ist, das Verschulden nur den Beklagten trifft, der es darauf ankommen ließ, daß die an sich noch einbringliche Forderung auf dem Wege der gegen ihn erwirkten Versteigerung für den Kläger verloren ging", hat der oberste Gerichtshof das Urtheil der ersten Instanz bestätigt.

---

## Nr. 4337.

### Klage auf Scheidung wegen Ehebruchs ohne vorausgegangenes Strafverfahren.

Entsch. v. 28. Nov. 1871, Nr. 9554 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des K. G. Cilli v. 16. Dec. 1870, Nr. 4462 und des O. L. G. Graz vom 12. April 1871, Nr. 2303). G. H. 1872, S. 22.

Die Klage der A gegen ihren Ehemann B auf Scheidung aus Verschulden des Beklagten wegen Ehebruches wurde von beiden Untergerichten abgewiesen, weil der Ehebruch nach §. 109 a. b. G. B. nur in dem Falle ein giltiger Scheidungsgrund ist, wenn der Beklagte

desselben für schuldig erklärt wurde, die A aber die Schuldigerklärung des B nicht dargethan und nicht einmal angeführt hat, daß sie wegen Ehebruchs bei dem Strafgerichte eingeschritten sei.

Der oberste Gerichtshof erkannte, daß die Scheidung aus dem Verschulden beider Ehegatten stattfinde. Gründe: Der Beklagte hat einbekannt, daß er mit der C ein unerlaubtes Verhältniß unterhalte und mit ihr ein Kind gezeugt habe. Der Ehebruch ist somit durch sein gerichtliches Geständniß rechtlich bewiesen (§. 9 des Hofdecr. vom 23. August 1819, J. G. S. Nr. 1595 und §. 107 a. G. O.), und da zur Scheidungsklage wegen Ehebruches ein vorgängiges, auf diese Uebertretung lautendes Erkenntniß des Strafrichters nicht erfordert wird, das Recht zur Scheidungsklage der A dadurch, daß sie die Untersuchung und Bestrafung des Ehebruches als Uebertretung nicht verlangt hatte, nicht verloren ging, noch Umstände vorliegen, aus welchen ihr Verzicht auf dieses Klagerecht gefolgert werden könnte, so beruhet ihre Klage auf rechtmäßigem Grunde (§. 109 a. b. G. B.). Allein derselbe Scheidungsgrund steht auch dem Beklagten zur Seite, da die A, nach ihrem gerichtlichen Geständnisse, während der Ehe mit anderen Männern fleischlichen Verkehr hatte. Es mußte daher, nach der Vorschrift des §. 12 des Hofdcr. v. 23. August 1819, J. G. S. Nr. 1595 (gemäß welcher in dem Falle, daß die begehrte Scheidung durch Urtheil bewilligt wird, zugleich erkannt werden soll, ob der eine oder der andere Theil, ob jeder Theil oder keiner von beiden an der Scheidung Schuld trage), ausgesprochen werden, daß die Scheidung aus dem Verschulden Beider stattfindet.

---

## Nr. 4338.

### Unzulässigkeit abgesonderter Execution auf einzelne Bestandtheile eines Grundbuchskörpers.

Entsch. v. 28. Nov. 1871, Nr. 14110 (Best. des das Decr. des B. G. Saaz v. 12. Februar 1871, Nr. 996, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 15. März 1871, Nr. 10966). G. Z. 1872, Nr. 27.

Im Jahre 1863 wurde die Forderung des A gegen C per 600 fl. auf der Wirthschaft Nr. 13 des Letzteren, zu welcher grundbücherlich die Parcelle X gehörte, intabulirt, in der Folge diese Parcelle mit Bewilligung der Verwaltungsbehörde von Nr. 13 abgetrennt und grundbücherlich der Wirthschaft Nr. 1 des B zugeschrieben. In späterer Zeit wurde die Wirthschaft Nr. 13 executiv verkauft und die in der Vertheilung des Meistgebotes wegen dessen Unzulänglichkeit durchgefallene Forderung des A bei derselben gelöscht. Nun begehrte A im Jahre 1870, auf Grund seiner Pfandrechtsintabulation vom Jahre 1863 und der damaligen grundbücherlichen Zugehörigkeit der

Parcelle X zur Wirthschaft Nr. 13 die Einverleibung des executiven Pfandrechtes auf diese inzwischen der Wirthschaft Nr. 1 zugeschriebene Parcelle, welche bewilligt und vollzogen wurde. Mit Berufung auf diesen ersten Executionsschritt begehrte A sodann die executive Schätzung der Parcelle, welche in erster Instanz gleichfalls bewilligt, vom O. L. G. dagegen verweigert wurde, weil die fragliche Parcelle einen Bestandtheil von Nr. 1 bildet und die Gesetze, welche die Execution auf einzelne Bestandtheile eines Bauerngutes für unzulässig erklären, durch das Landesgesetz v. 20. Dec. 1869 (L. G. Bl. für Böhmen Nr. 152, betreffend die Freiheit des Verkehres mit Grund und Boden und die Aufhebung der Untheilbarkeit des Grundbesitzes) nicht alterirt worden sind, indem nach letzterem Gesetze die Zustimmung des Eigenthümers nothwendig ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz, „weil auf einen einzelnen Bestandtheil einer Realität, die nur Einen Grundbuchskörper bildet, nicht abgesondert Execution geführt werden kann".

---

## Nr. 4339.

### Unzulässigkeit der Execution auf die Bezüge von Gerichtsdienern.

**Entsch. v. 28. Nov. 1871, Nr. 14235 (Best. des das Decr. des B. G. Graz v. 25. August 1871, Nr. 17868, abänd. Decr. des O. L. G. Graz v. 28. Sept. 1871, Nr. 11954). G. Z. 1872, Nr. 27.**

Das in erster Instanz bewilligte Gesuch des A gegen seinen Schuldner B, activer Amtsdiener bei dem Landesgerichte in Graz, um executive Einantwortung seines Gehaltes von 300 fl., resp. um Ausfolgung von 6 fl. monatlich aus demselben bis zur Tilgung der Schuld wurde vom O. L. G. in der Erwägung abgewiesen, daß in dem Patente vom 25. October 1798, J. G. S. Nr. 436, der Ausdruck „öffentlicher Beamter" im weitesten Sinne gebraucht ist, was sowohl aus dem Zwecke der darin enthaltenen gesetzlichen Bestimmungen, wie auch aus dem damit in Verbindung stehenden Hofdecr. vom 26. April 1799, J. G. S. Nr. 468 (Gleichstellung jener Dienerschaft des k. k. Hofstaates, welche aus dem Staatsvermögen ihre Bezahlung erhält, mit dem Staatsbeamten, und Anwendung des Patentes vom 25. October 1798, Nr. 436, auf dieselbe), sich ergibt.

Den Recurs des A, worin behauptet wurde, daß die citirten Vorschriften, weil sie Ausnahmen vom allgemeinen Recht statuiren, eben deshalb auf das Gerichtsdienerpersonale nicht ausgedehnt werden dürfen, hat der oberste Gerichtshof mit Hinweisung auf die obergerichtlichen Motive verworfen.

---

## Nr. 4340.

### Verspätete Vorbringung der Incompetenzeinrede im summarischen Verfahren.

**Entsch. v. 29. Nov. 1871, Nr. 3727 (Aufheb. des das Urth. des B. G. Poliĉka v. 24. Nov. 1870, Nr. 6016, abänd. Urth. des O. L. G. Prag vom 23. Jänner 1871, Nr. 1223). G. H. 1872, S. 50.**

In dem summarisch verhandelten Processe der A gegen B wurde in erster Instanz die erst bei der zweiten Tagfahrt vorgebrachte Einwendung der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes, welche der bei seinem ordentlichen Gerichte belangte B auf §. 43 der J. N. (forum contractus) gründete, als verspätet abgewiesen und in merito erkannt. — Das O. L. G., an welches der Beklagte appellirte, war in Hinblick auf den §. 26 des Hofdecr. vom 24. October 1845, J. G. S. Nr. 906, der Meinung, daß die besagte Einwendung in jedem Stadium der summarischen Streitverhandlung angebracht werden könne, und erkannte auf Abweisung der Klägerin, da es die Einrede des Beklagten für rechtlich begründet erachtete.

In Erwägung, daß bezüglich der erhobenen Einwendung, obschon sie in einem summarisch verhandelten Rechtsstreite vorgeschützt wurde, nicht der §. 26 des Hofdecr. vom 24. October 1845, Nr. 906, anzuwenden ist, da auf den Gerichtsstand des Vertrages das Gericht nicht von amtswegen, sondern nur auf Begehren der Partei Bedacht zu nehmen hat; daß vielmehr die Vorschrift des §. 7 ibid. und deshalb die Bestimmungen der Hofdecr. v. 7. November 1820, Nr. 1714 und 22. Jänner 1822, Nr. 1832 der J. G. S. zur Anwendung zu bringen sind, — hat der oberste Gerichtshof die Incompetenzeinrede als verspätet zurückgewiesen und dem O. L. G. die Proceßentscheidung in merito aufgetragen.

---

## Nr. 4341.

### Geldfideicommiß: Umfang der Nutzungsrechte des Fideicommissars.

**Entsch. v. 29. Nov. 1871, Nr. 14209 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Prag v. 7. Mai 1870, Nr. 11807 und des O. L. G. Prag vom 5. Sept. 1871, Nr. 30093). G. H. 1872, S. 85.**

Mit der Bewilligung der Ausfolgung einer bei Gericht verwahrten und verlosten Grundentlastungsobligation pr. 100.000 fl. C. M. an den Besitzer eines Fideicommisses verband die Fideicommißbehörde den Auftrag, statt dieser eine gleiche Grundentlastungsobligation von 100.000 fl. nebst dem „allenfallsigen Ueberschusse“ wieder zu deponiren und das O. L. G. bestätigte die erstgerichtliche Verordnung. —

In dem gegen die aufgetragene Deposition des Ueberschusses ergriffenen a. o. Revisionsrecurse bemerkte der Fideicommißbesitzer, daß dieser Ueberschuß nur in den 5% vom Nennwerth = 5000 fl., die im Falle der ohne vorgängige Anmeldung geschehenen Verlosung der Obligation als Prämie bezahlt werden, und in der durch den Kauf der neuen Obligation unter pari an dem Nominalbetrag derselben ersparten Summe bestehen könne, beide Ueberschüsse aber dem Fideicommißbesitzer gebühren, da sie nicht zum Stamme des Fideicommisses gehören, sondern nur eine durch freiwilliges Handeln des Besitzers erzielte Frucht oder Nutzung des Fideicommißcapitales bilden.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs. Gründe: Die in Rede stehenden Geldbeträge können als eine Nutzung des in Grundentlastungsobligationen bestehenden Fideicommißcapitales nicht betrachtet werden: die 5percentige Prämie darum nicht, weil sie ein gesetzlicher, nämlich in dem 4. Alinea des §. 19 des kaiserl. Patentes v. 11. April 1851, R. G. Bl. Nr. 83, gegründeter Zuwachs des für die vormals zum Güterfideicommisse gehörigen, nun aufgehobenen Leistungen ermittelten, laut §§. 16 und 17 des Patentes vom 4. März 1849, R. G. Bl. Nr. 152, ohnedies nur in $^{2}/_{3}$ des wahren Werthes bestehenden und in verzinslichen Obligationen fruchtbringend angelegten Grundentlastungscapitales ist, von welchem nach §. 631 a. b. G. B. dem Fideicommißbesitzer nicht die Substanz, sondern nur die Nutzungen gebühren; — ebenso wenig die Ersparniß am Cours, die als solche gleichfalls ein integrirender Bestandtheil des Fideicommißcapitales ist und so wie dieses fruchtbringend angelegt werden muß, weshalb auch davon dem Besitzer nach §. 631 nur die Nutzungen zukommen.

---

## Nr. 4342.

### Privatrechtsfähigkeit von Ordensgeistlichen.

Entsch. v. 30. Nov. 1871, Nr. 6446 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. der innern Stadt Wien v. 7. Dec. 1870, Nr. 36259 und des O. L. G. Wien v. 16. März 1871, Nr. 4339). G. Z. 1872, Nr. 27. G. H. 1872, S. 63.

A, Cessionar des Benedictiner-Ordenspriesters N, belangte die B als Erbin des M auf Anerkennung einer Verlassenschaftsschuld von 1000 fl., die von einem durch Schuldschein bewiesenen Darlehen gleichen Betrages herrührt, welches N dem M gegeben hatte. Zur Zeit der Hingabe des Darlehens und zur Zeit der Cession der Forderung an den Kläger war N als Pfarrer angestellt. Von der Beklagten wurde nun die Berechtigung des N zur Abschließung von rechtsgiltigen Verträgen, insbesondere von Darlehensverträgen und Cessionen bestritten, weil derselbe als Ordenspriester das Gelübde der Armuth abgelegt hatte. — Das Gericht erster Instanz hat mit Abweisung

dieser Einwendung dem Klagebegehren stattgegeben. Gründe: Als maßgebend für die Beurtheilung streitiger Privatrechtsverhältnisse erscheinen zunächst die Vorschriften des a. b. G. B., mithin nach dem achten Absatze des Kundmachungspatentes zu demselben auch die über politische Gegenstände u. s. w. kundgemachten, die Privatrechte beschränkenden oder näher bestimmenden Verordnungen, im vorliegenden Falle also die sogenannten Verordnungen in publico-ecclesiasticis, worauf sich das a. b. G. B. an mehreren Stellen auch besonders beruft (§§. 539 und 761). Das a. b. G. B. enthält nun allerdings Vorschriften, wodurch Ordenspersonen von der Ausübung einzelner Privatrechte ausgeschlossen werden (§§. 192, 573), allein nicht eine Bestimmung, welche sie zum Abschluß von Verträgen überhaupt, und von vermögensrechtlichen insbesondere als unfähig erklärt. Vom Standpunkte des a. b. G. B. wäre daher diese Berechtigung der Ordenspersonen zu bejahen, indem die Rechtsfähigkeit der Person als Regel gilt, deren Einschränkung als Ausnahme, welche somit ausdrücklich angeordnet sein muß, streng auszulegen ist und nicht ausgedehnt werden darf. Für die Bejahung dieser Berechtigung sprechen aber auch die sonstigen hier einschlagenden Verordnungen, welche zwar festsetzen, daß Ordensmitglieder zur Erwerbung von Vermögen und zur Verfügung darüber auch dann nicht berechtigt sind, wenn der Orden selbst zum Vermögenserwerb befähigt ist (Hofdecr. vom 23. März 1809, J. G. S. Nr. 887 und vom 27. April 1816, J. G. S. Nr. 1235) und welche auch den Gerichten die Annahme von Klagen der Ordenspersonen untersagen (Hofdecr. vom 13. Juni 1793 in Krop. G. S. Franz II, 2. Bd., S. 451), allein jene Ordenspersonen, die in Folge ihrer Anstellung als Pfarrer, Capläne u. s. w. eine selbstständige Stellung haben, als dispositionsfähig (Hofdecr. v. 21. April 1786, J. G. S. Nr. 542) und erwerbberechtigt (obiges Hofdecr. vom 13. Juni 1793) von der gedachten Beschränkung ausnehmen. Diese Berechtigung aber auf Erwerbungen für die betreffende Pfarre oder den Orden einzuschränken, wie die Beklagte will — entspräche weder dem Wortverstand der citirten Verordnungen, noch dem oben erwähnten Rechtsgrundsatz und N muß daher, weil er zur Zeit der Errichtung des Darlehensvertrages und der Cession als Pfarrer exponirt war, zur Eingehung dieser Geschäfte in eigenem Namen als berechtigt angesehen werden. — In den Motiven des bestätigenden Urtheils der zweiten Instanz wird noch hervorgehoben, daß der außerhalb des Klosters auf einer Pfarre angestellte Ordensgeistliche schon wegen seines Unterhaltes und wegen der Besorgung der Wirthschaft genöthigt ist, zahlreiche Verträge aller Art zu schließen, und daß, selbst wenn die hier in Frage stehenden Verträge nicht giltig wären, deshalb die beklagte Erbin des M durchaus nicht berechtigt sein würde, das dem Verstorbenen gegebene Darlehen zurückzubehalten, resp. die Richtigkeit der Darlehensschuld zu bestreiten, weil Niemand mit dem

Schaden eines Anderen sich bereichern darf (§§. 877 und 1447 a. b. G. B.), was aber hier jedenfalls geschehen würde, es mag nun der Kläger oder sein Vormann N oder endlich — wie die Beklagte in der Appellationsbeschwerde meint — das Ordensstift des N der eigentliche Beschädigte sein.

Die a. o. Revisionsbeschwerde der Beklagten wurde vom obersten Gerichtshofe mit Bezugnahme auf die Begründung der untergerichtlichen Urtheile verworfen.

---

## Nr. 4343.

### Uebernahme einer intabulirten Dotalschuld durch den Käufer der Realität mit dem Versprechen ihrer Verzinsung: Person des Bezugsberechtigten.

**Entsch. v. 30. Nov. 1871, Nr. 8302 (Best. des das Urth. des B. G. Klagenfurt v. 18. Dec. 1870, Nr. 16006, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 20. April 1871, Nr. 3880). G. Z. 1872, Nr. 27.**

Als Käufer einer Liegenschaft des A übernahm B für Rechnung des Kaufschillings die darauf intabulirte Dotalforderung (sogenannte „Ehespruchsforderung") der Ehefrau des Verkäufers A von 700 fl. und verpflichtete sich zur 5percentigen Verzinsung dieser Summe vom 1. Februar 1857, ohne daß in der Vertragsurkunde die Person bezeichnet wurde, welcher die Zinsen zu entrichten sein sollten. Die Ehespruchsforderung besteht aus 300 fl. Heiratsgut, 300 fl. Widerlage und 100 fl. Morgengabe. Im Jahre 1869 belangte nun A den B auf Zahlung dieser Zinsen, welche ihm B bis 1864 gezahlt hatte, vom 1. Februar 1864 ab. Der Beklagte wendete gegen die Interessenrückstände von mehr als drei Jahren die Verjährung nach §. 1480 a. b. G. B. ein, ferners daß die 700 fl. auf der Realität für die Ehefrau des A haften, folglich die Zinsen nur ihr gebühren; daß die Letztere seit 15 Jahren von ihrem Manne getrennt sei und von demselben keine Unterstützung erhalte (was durch Zeugen bestätigt ist), weshalb dem Kläger der Fruchtgenuß an den „Ehesprüchen" nicht mehr zustehe, welcher ihm nur während der gemeinschaftlichen Haushaltung mit seiner Gattin gebührte, weil das Heiratsgut zur Erleichterung des ehelichen Aufwandes bestimmt sei; daß die Zinsenzahlung an den Kläger im Kaufsinstrument nicht ausdrücklich bedungen worden sei; daß ihn A im Jahre 1868 wegen Zahlung der Zinsen vom 1. Februar 1865 bis dahin 1866 belangt und auf die richterliche Belehrung über die zum Zinsenbezug berechtigte Person jene Klage zurückgenommen habe, weshalb er, Beklagter, diesen Rücktritt als Anerkenntniß des Klägers, nicht bezugsberechtigt zu sein, aufgefaßt und von eben jener Zeit an (1865) die Interessen der Ehefrau des A

gezahlt habe. — In erster Instanz wurde der Kläger vollständig abgewiesen. Gründe: Wegen der im Kaufvertrage fehlenden Bezeichnung der Person, welcher die Zinsen der übernommenen Ehespruchsforderung gezahlt werden sollen, muß — im Zweifel — angenommen werden, daß sie, als Früchte und Nebensache, demjenigen gebühren, welchem die Hauptsache, die Ehespruchsforderung selbst gehört; dieselbe wurde aber sowohl im Vertrage von beiden Contrahenten als der Ehefrau des Klägers gehörend erklärt und ist auch für sie auf der verkauften Liegenschaft intabulirt. Da ferner der gesetzliche Fruchtgenuß an den Ehesprüchen dem Ehemann nur für die Dauer der gemeinschaftlichen Haushaltung mit seiner Gattin gebührt, weil das Heiratsgut zur Erleichterung des ehelichen Aufwandes bestimmt ist, der Kläger aber erwiesenermaßen seit Jahren von seiner Ehefrau geschieden lebt, so hat er aus diesem Rechtsgrunde keinen Anspruch auf die in der Klage begehrten, ganz und gar schon in die Zeit der Scheidung fallenden Interessen, welche der Beklagte zum Theil der Gattin des Klägers rechtmäßig bereits entrichtet hat und zu deren nochmaligen Zahlung er mithin nicht angehalten werden kann. Dem steht nicht im Wege, daß nur der Kläger, nicht auch dessen Ehefrau den die Zinsenstipulation enthaltenden Vertrag mit dem Beklagten geschlossen hat, weil in einem Vertrag Rechte auch zu Gunsten dritter Personen stipulirt werden können.

In Uebereinstimmung mit der zweiten Instanz hat der oberste Gerichtshof aus den nachstehenden Gründen dem Klageanspruch selbstverständlich mit Ausschließung der durch die eingewendete Triennalverjährung beseitigten Zinsen, stattgegeben. Da das Versprechen, die Ehespruchsforderung zu verzinsen, die rechtliche Natur derselben nicht geändert hat, so gebühren die Zinsen beim Mangel der Bezeichnung eines anderen Bezugsberechtigten im Vertrag nur Demjenigen, welchem der Fruchtgenuß von der aus Heiratsgut, Widerlage und Morgengabe constituirten Ehespruchsforderung gesetzlich zusteht. Der dem Kläger als Ehemann im §. 1227 a. b. G. B. eingeräumte Fruchtgenuß der Dos wird durch die nur factische Scheidung von seiner Gattin im Sinne der §§. 93 und 103 a. b. G. B. nicht aufgehoben; von der Widerlage gebührt nach §. 1230 ebendort der Gattin während der Ehe kein Genuß; und was die Morgengabe anbetrifft, so ist einerseits dieselbe weder kraft des Gesetzes (§. 1232 a. b. G. B.) noch im vorliegenden Falle vermöge der Ehepacten verzinslich und anderntheils weder aus dem Kaufvertrage ersichtlich noch vom Beklagten auch nur angeführt worden, daß in dieser Beziehung eine besondere Verpflichtung zu Gunsten der Ehefrau des Klägers stipulirt worden sei. Die Einwendung des Beklagten, daß die Zinsen von der gesammten Ehespruchsforderung per 700 fl. der Ehefrau des Klägers, nicht dem Kläger selbst gebühren, mit welchem der Zinsenvertrag geschlossen wurde, stellt sich demnach als ungegründet dar.

## Nr. 4344.

### Uebernahme einer Hypothekarschuld durch den Käufer: persönliche Haftung desselben.

Entsch. v. 30. Nov. 1871, Nr. 9663 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 16. Nov. 1870, Nr. 56961 und des O. L. G. Wien v. 2. Mai 1871, Nr. 23822). Jur. Bl. 1872, Nr. 21.

Das Haus des C, welches B, unter Uebernahme der daran haftenden Satzforderung des D gegen Abrechnung von dem Kaufschilling zur „Selbstzahlung und Selbstvertretung“ gekauft hatte, überging von seinem Besitze in jenen des E und wurde dann executiv veräußert. D hatte inzwischen die Satzforderung dem A cedirt, welcher bei der Meistgebotsvertheilung durchfiel und nun den B auf Zahlung der Forderung belangte. Seinem Begehren wurde in allen drei Instanzen statt gegeben. Nach den Motiven des obersten Gerichtshofes kann es keinem Zweifel unterliegen, daß B in Folge der Uebernahme der Pfandschuld zur Selbstzahlung und Selbstvertretung als Personalschuldner des Kaufschillings verpflichtet ist, die erwähnte Satzpost zu zahlen und daß der Satzgläubiger (D) selbst nach §. 1019 a. b. G. B. berechtigt gewesen wäre, von ihm die Zahlung zu fordern. Da nun die Forderung durch Cession auf den Kläger überging, mußte B diesem zur Zahlung verurtheilt werden.

---

## Nr. 4345.

### Verjährungsfrist für Ersatzansprüche gegen den Fiscus aus Verletzungen der Amtspflicht eines Depositenbeamten.

Entsch. v. 5. Dec. 1871, Nr. 13958 (Best. des Syndicatserkenntnisses des O. L. G. Brünn v. 12. Sept. 1871, Nr. 11078). G. Z. 1872, Nr. 28.

Im Jahre 1858 machte sich N, damals Kanzleiofficial des Bezirksgerichtes Brünn, einer amtlichen Veruntreuung dadurch schuldig, daß er, vom Bezirksrichter mit dem Incasso der für Legatare des M bei Gericht deponirten, von M zur Hälfte für den Bau einer Capelle auf dem Brünner Friedhof gewidmeten $^4/_5$ eines gezogenen Loses der 1834er Anleihe beauftragt, das erhobene Geld unterschlug, und wurde durch die im Jahre 1860 gefällten Strafurtheile der ersten und zweiten Instanz, deshalb der Depositenmasse der M'schen Legatare zum Ersatz des veruntreuten Betrages condemnirt. Im Jahre 1870 überreichte der Brünner Gemeinderath als Vertreter der M'schen Capellenstiftung eine Syndicatsbeschwerde mit dem Begehren um Verurtheilung des Staatsschatzes zur Zahlung von 400 fl. als der dem Stiftungsfond zugefallenen Hälfte des von N veruntreuten Losgewinnstes (§. 7 der kais. Verordnung vom 12. März 1859, R. G.

Bl. Nr. 46). Von der Finanzprocuratur wurde die Triennalverjährung des Entschädigungsanspruches (§. 1489 a. b. G. B. 1. Satz) eingewendet und vom O. L. G. dieser Einrede in der Erwägung, daß bereits im Jahre 1859 der Bezirksausschuß der inneren Stadt Brünn als damaliger Verwalter der besagten Stiftung von der vorgefallenen Veruntreuung in Kenntniß gesetzt wurde und im Jahre 1860 die strafgerichtliche Verurtheilung des Defraudanten zur Ersatzleistung an die Depositenmasse der M'schen Legatare erfolgt, mithin schon 1859 resp. 1860 dem Beschädigten der aus der Veruntreuung erwachsene Schaden bekannt geworden ist, stattgegeben und die Syndicatsbeschwerde abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof hat den Recurs der Gemeinde, worin geltend gemacht wurde, daß der Anspruch auf Ersatz des durch ein Verbrechen zugefügten Schadens nach dem zweiten Satz des §. 1489 a. b. G. B. erst in 30 Jahren und zwar auch dem Fiscus gegenüber verjähre, weil derselbe nach §. 7 der citirten kaiserl. Verordnung vom 12. März 1859, Nr. 46, die Gerichtsperson, welcher das von ihr unterschlagene Geld anvertraut war, unmittelbar vertrete, mit Hinweisung auf die obergerichtlichen Motive und mit dem Beisatz verworfen, daß die im zweiten Satz des §. 1489 statuirte längere Verjährungszeit dem Beschädigten nur in seinem Rechtsverhältnisse zum Verbrecher selbst, nicht aber auch dem Dritten gegenüber zu statten kommt, der an dem Verbrechen nicht theilgenommen hat.

---

## Nr. 4346.

### Voraussetzungen der Löschung des im §. 822 a. b. G. B. vorgeschriebenen Vorbehaltes.

**Entsch. v. 5. Dec. 1871, Nr. 14067 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Czernowitz v. 16. Jänner 1871, Nr. 2471 und des O. L. G. Lemberg v. 4. April 1871, Nr. 7607). G. H. 1872, Nr. 93.**

Nachdem die Vermächtnißforderung von 5000 fl. des A gegen B als Universalerben des Testators M auf der Verlassenschaftsrealität mit den im §. 822 a. b. G. B. bezeichneten Vorbehalten pränotirt, der mit Klage des A wider B pcto. Zahlung des Legates angestrengte Proceß durch Vergleich ausgetragen und die Erbschaft dem Letzteren eingeantwortet war, begehrte A 1. die executive Intabulation des Pfandrechtes auf der noch immer auf Namen des M verbuchten Realität mit der Priorität der vorauf gegangenen Pränotation und 2. die Löschung der bei der Pränotation angemerkten Clausel der Vorbehalte nach §. 822 a. b. G. B. — Das ad 1 bewilligte Gesuch wurde ad 2 in allen drei Instanzen, von dem obersten Gerichtshofe mit der Begründung abgewiesen, daß B als Eigenthümer der Nach-

laßrealität noch nicht intabulirt und aus dem beigebrachten Einantwortungsdecrete auch nicht zu entnehmen ist, daß dieselbe dem B zugefallen sei; daß das Verlassenschaftsgericht nicht berechtigt gewesen wäre, diese Frage zu lösen und dem B die (von ihm bereits nachgesuchte) Intabulation als Eigenthümer der Realität zu bewilligen (§§. 177 und 178 des Patentes vom 9. August 1854, Nr. 208); daß demnach zur Zeit nicht vorliegt, ob und welche Rechtswirkungen die vorgemerkte Clausel des §. 822 a. b. G. B. in Bezug auf die bei der Verlassenschaftsabhandlung etwa vorgekommenen Ansprüche dritter Personen zur Folge habe.

---

## Nr. 4347.

## Erwirkung des executiven Pfandrechtes an den Früchten des Fideicommisses für die aus Anlaß früherer Successionsfälle zu zahlenden Gebühren.

**Entsch. v. 5. Dec. 1871, Nr. 14488 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Brünn v. 27. Juni 1871, Nr. 6091 und des O. L. G. Brünn v. 3. Oct. 1871, Nr. 10530). G. Z. 1872, Nr. 32. G. H. 1872, S. 50.**

Das Seniorat X überging von dem im Jahre 1867 gestorbenen M auf N, welcher im Jahre 1868 starb und den B zum Nachfolger hatte. In der Landtafel steht noch N als Besitzer des Seniorats, welches dem B zwar zum Genuß eingeräumt, allein noch nicht eingeantwortet ist. Im Jahre 1869 erhielt nun B von der Finanzbehörde den Auftrag zur Zahlung einer für die Uebertragung des Fideicommisses von M auf N mit 19.000 fl. bemessenen, nach Anzahlung von 2000 fl. noch auf 17.000 fl. sich belaufenden Gebühr. Da er die Zahlungsauflage unbeachtet ließ, so wurde dieselbe im Jahre 1871 von der Finanzbehörde der Finanzprocuratur übersendet, welche in Vertretung des Fiscus gegen B die Einverleibung des executiven Pfandrechts für die besagte Gebühr von 17.000 fl. ad fructus der Senoriatsgüter mit gesetzlicher Priorität begehrte. Das Gericht erster Instanz verwarf das Gesuch, weil das Seniorat dem B noch nicht eingeantwortet ist; weil es sich hier um eine auf den Nachlaß des M bezügliche Gebühr handelt, zu deren Zahlung sein unmittelbarer Nachfolger N verpflichtet war; weil aus der für die Gebührenentrichtung bei Senioraten erlassenen a. h. Entschließung vom 31. Mai 1855 (kundgemacht mit Ministerialerlaß vom 30. Juni 1855, R. G. Bl. Nr. 119) hervorgeht, daß der Successor für die Gebühren seines Vorgängers nicht in Anspruch genommen werden kann; weil der Grundsatz, daß diese Gebühren auf den Früchten des Fideicommisses ohne Rücksicht auf die Person des jeweiligen Besitzers haften, nicht zur Geltung gelangen kann und überhaupt die Früchte des Fideicommisses für Verpflichtungen des Vorgängers zum Nachtheil

des Successors nicht belastet werden könnten. — Der Appellationsrecurs der Finanzprocuratur wurde vom O. L. G. in der Erwägung abgewiesen, daß es sich hier um eine Nachlaßgebühr, also um eine Vermögensübertragungs-Gebühr von Todes wegen im eigentlichen Sinne des Wortes handelt, welche N als unmittelbarer Nachfolger des M im Fideicommiß zu berichtigen hatte; daß für diese Gebühr B als Fideicommißnachfolger des N im Sinne des citirten Ministerialerlasses vom 30. Juni 1855, Nr. 119, nicht haftet, folglich die ihm zustehenden Früchte des Fideicommisses zum Zweck der Sicherstellung eben dieser Gebühr nicht in Anspruch genommen werden dürfen.

Vom obersten Gerichtshofe wurde das Gesuch der Finanzprocuratur aus folgenden Gründen bewilligt: Die vorgelegten Originalurkunden (Zahlungsauflage vom Jahre 1869 und die Mittheilung an die Finanzprocuratur vom Jahre 1871) liefern den Nachweis, daß die fragliche Nachlaßgebühr nach M mit 19.000 fl. rechtskräftig bemessen worden ist und daß 17.000 fl. davon noch ausstehen. Diese Gebühr, welche aus der Nachlaßgebühr und allgemeinen Vermögensübertragungs-Gebühr besteht, haftet nach dem Wortlaute des §. 72 des Gebührengesetzes vom 9. Februar 1850, R. G. Bl. Nr. 50, auf dem Fideicommißnachlaß, folglich auf den Senoriatsgütern als Vorzugspost schon kraft des Gesetzes und es kommt daher weiter darauf nicht an, wer zur Zeit bei denselben an den Besitz geschrieben sei und ob der gegenwärtige Fideicommißbesitzer für die Gebühr persönlich hafte oder nicht. An dieser Haftung hat der Ministerialerlaß vom 30. Juni 1855, Nr. 119, nichts geändert und die Frage, ob und in wie weit diese Gebühr mit Rücksicht auf die Zeit des schon im zweiten Jahre nach dem Ableben des M eingetretenen Todes seines Successors N in Abschreibung zu bringen sein werde (nach dem Ministerialerlaß vom 30. Juni 1855, Nr. 119), ist bei den Finanzbehörden auszutragen; dieselbe gehört nicht hieher, weil hier nur der Ausweis der Rechtskraft der Gebührenbemessung entscheidet und der Richter bei der Erledigung des vorliegenden Executionsgesuches nicht Fragen hereinziehen darf, die seiner Competenz gesetzlich entrückt sind. Da sonach die angefochtenen untergerichtlichen Entscheidungen mit dem §. 72 des Gebührengesetzes im Widerspruch stehen, so mußten dieselben im obigen Sinne abgeändert werden.

---

## Nr. 4348.

### Unzulässigkeit der Einklagung nichtadjustirter Advocatengebühren.

**Entsch. v. 5. Dec. 1871, Nr. 14571 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Bielitz v. 24. Sept. 1871, Nr. 7739 und des O. L. G. Brünn v. 18. Oct. 1871, Nr. 13192). G. H. 1872, S. 2. Zeitschr. f. d. Notariat 1872, Nr. 23.**

Der oberste Gerichtshof hat die von beiden Untergerichten aufrecht verbeschiedene Klage des Advocaten A gegen seinen Clienten B um Zahlung von 243 fl. für noch nicht adjustirte Expensen a limine zurückgewiesen mit Berufung auf das Hofdcr. vom 4. October 1833 J. G. S. Nr. 2633 (vorgängige Liquidirung der Expensen des Advocaten vor Einleitung des contradictorischen Verfahrens wegen Zahlung), welches bis zur Einführung des im §. 17 der Advoc.-Ordn. vom 6. Juli 1868, R. G. Bl. Nr. 96, in Aussicht gestellten Tarifes zu gelten hat.

---

## Nr. 4349.

### Auslegung der cassatorischen Clausel eines Miethvertrages.

**Entsch. v. 6. Dec. 1871, Nr. 14582 (Best. des das Urth. des B. G. Wieden in Wien v. 16. Oct. 1871, Nr. 19474, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 9. Nov. 1871, Nr. 22741). Jur. Bl. 1872, Nr. 2.**

In dem auf mehrere Jahre geschlossenen und intabulirten Miethvertrag des C (Vermiether) mit der Firma A & Comp. war der die Zinszahlung betreffende §. 4 so gefaßt: „Die Miether verbinden sich, den Miethzins in vierteljährigen Raten zu den hier gebräuchlichen Jacobi-, Michaeli-, Lichtmeß- und Georgi-Ausziehzeiten in Vorhinein zu entrichten; sollten sie auch nur mit einer Rate im Rückstande bleiben, so ist der Vermiether berechtigt, den Vertrag sogleich vierteljährig zu kündigen, oder auf dessen pünktlicher Erfüllung zu bestehen." Das Haus überging von dem Vermiether C auf B, welchem der Miethzins für den Augusttermin (Jacobi) 1871 erst am 3. August übersendet wurde, und B gab nun die Aufkündigung wegen der nicht pünktlich am 1. August geleisteten Zinszahlung. Dagegen traten die Inhaber der Firma klagend auf und begehrten die Ungiltigerklärung der Kündigung. — Das Gericht erster Instanz erkannte gegen das Begehren, — das O. L. G. nach demselben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: In dem §. 4 ward nicht unbedingt festgesetzt, daß, wenn einmal eine Zinsrate nicht am ersten Tage des betreffenden Zinsquartals gezahlt sein würde, die Firma ohne Weiteres als des Rechtes auf die bestimmte längere Miethdauer verlustig zu betrachten sei; sondern der Vermiether hatte sich für den Fall, daß die Mieth-

partei mit einer Zinsrate im Rückstande bliebe, nur das Recht vorbehalten, vierteljährig zu kündigen oder auf der pünktlichen Vertragserfüllung zu bestehen. Nun ist die Zinsrate hier zwar nicht am 1. August gezahlt worden; allein einerseits wurde gegen den Widerspruch der Firma nicht dargethan, daß der neue Hauseigenthümer B irgend eine Verständigung von dem Uebergang des Eigenthumes auf ihn und von der Art, wie er es mit der Zahlung der Miethzinse an ihn gehalten wissen wollte, den Miethern zukommen ließ, und andererseits hat er auch nicht ohne Weiteres von dem ihm vorbehaltenen Recht Gebrauch gemacht, sondern vorerst am 3. August und zwar ohne die Ankündigung, daß er nunmehr die Fortsetzung der längeren Miethdauer als aufgehoben betrachte, die Zinsrate einheben lassen. Diesem nach kann nicht behauptet werden, daß die Firma mit der Zahlung „im Rückstande" geblieben sei.

---

## Nr. 4350.

### Klageweise Geltendmachung einer in einem früheren Wechselprocesse zurückgewiesenen Einwendung: exceptio rei judicatae.

Entsch. v. 7. Dec. 1871, Nr. 7068 (Best. des Urth. des L. G. Patzau v. 31. Oct. 1870, Nr. 4481, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag v. 19. Dec. 1870, Nr. 43747). G. H. 1872, S. 330.

Mit oberstgerichtlichem Erkenntnisse war A auf die gegen ihn angestellte wechselrechtliche Klage des B pto. 3000 fl. zur Zahlung verurtheilt worden, weil der oberste Gerichtshof — laut seiner Motive — die Einwendungen des Beklagten, daß seine Wechselaccepte, welche die Brüder C, Darlehensschuldner des Klägers B, dem Letzteren in bianco girirt hatten und aus denen später der von A acceptirte Klagewechsel entstand, bloße Gefälligkeitsaccepte gewesen und von dem C dem B nicht verkauft, sondern nur zur Deckung ihrer Darlehensschuld an den Letzteren übergeben worden seien, als nach Art. 82 W. O. unzulässig erkannte. A zahlte in Gemäßheit des Urtheiles, forderte aber darauf mittelst Klage gegen B das Gezahlte zurück, weil — wie er zu beweisen sich erbot — inzwischen die C dem B das Darlehen zurückgezahlt hätten. Dagegen vertheidigte sich B mit der auf das obige Urtheil gegründeten exceptio rei judicatae, welche in erster Instanz zugelassen, von dem O. L. G. aber aus folgenden Erwägungen abgewiesen wurde: Nach den Motiven des obersten Gerichtshofes, auf die beide Theile sich berufen, ließ derselbe sich von der Ansicht leiten, daß der damalige Beklagte A als Acceptant des Klagewechsels der vorerwähnten Einwendungen nach Art. 82 W. O. gegen B deshalb sich nicht bedienen durfte, weil sie weder aus dem Wechselrechte hervorgingen, noch ihm unmittelbar gegen B als Indos-

fatar zustanden. A hat die Wechselvaluta gezahlt. Damit ist dem besonderen Rechte, das der Staat in dem Wechsel zu Gunsten des Verkehrs schützt, Genüge geschehen, allein keineswegs ausgeschlossen, daß nachträglich solche Verhältnisse zu gerichtlicher Entscheidung gebracht werden können, die nach Wechselrecht dem früheren wechselrechtlichen Anspruch nicht entgegengesetzt werden durften. Dies ist nun aber hier der Fall. So wie A als Beklagter sich dem Wechselrechte fügen und dem B nach demselben leisten mußte, was dieser fordern durfte, muß jetzt B dem A für diejenigen Verhältnisse vor Gericht einstehen, die außerhalb des wechselrechtlichen Rahmens lagen und vermöge ihrer gemeinrechtlichen Natur von dem gewöhnlichen Richter entschieden werden müssen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Erkenntniß. Gründe: Nach §. 7 der Justiz-Ministerialverordnung v. 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 52, hat der Wechselschuldner gegen den Zahlungsauftrag binnen drei Tagen alle seine Einwendungen vorzubringen, daher nach Art. 82 W. O. sowohl jene, die aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen, als auch diejenigen, die ihm unmittelbar gegen den Kläger zustehen, und an sich gemeinrechtlicher Natur sind. Wurde über diese Einwendungen rechtskräftig entschieden, so ist es gesetzlich unzulässig, die durch das rechtskräftige Urtheil anerkannte Zahlungsverbindlichkeit des Wechselschuldners neuerlich durch Geltendmachung von Einwendungen in Form einer Klage zu bestreiten, gleichviel ob dieselben bereits bei Entscheidung des Wechselprocesses als unstatthaft erkannt worden sind, oder ob der Wechselschuldner unterlassen hat, sie innerhalb der gesetzlichen dreitägigen Frist vorzubringen. — Die Ansicht des O. L. G., daß dem Wechselschuldner unbenommen sei, nach dem über seine Einwendungen ergangenen Urtheile Verhältnisse zur Austragung vor dem Richter zu bringen, die nach Wechselrecht dem früheren Anspruche aus einem Wechsel nicht entgegen gesetzt werden durften, muß daher als offenbar unrichtig bezeichnet werden.

---

## Nr. 4351.

### Vergleich über eine streitige Erbschaft: Wirkung in Ansehung der Erbschaftsgläubiger.

Entsch. v. 7. Dec. 1871, Nr. 7782 (Best. des Urth. des B. G. Elbogen v. 7. Februar 1871, Nr. 554, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 12. April 1871, Nr. 10672). G. Z. 1872, Nr. 31.

Zur Verlassenschaft der M hatten sich einerseits der einzige Sohn derselben B aus dem Gesetz und andererseits die fünf Kinder des B auf Grund des Testamentes der M bedingt erbserklärt. Um den Erbrechtsstreit zu vermeiden, welcher bei dieser Collision der Erbserklärungen bevorstand, schlossen die Erbsprätendenten einen Erbver-

gleich, wonach dem B die lebenslängliche Nutznießung, seinen fünf Kindern die Substanz des Nachlaßvermögens zufiel. Darauf erließ das Abhandlungsgericht das Einantwortungsdecret, womit dem B der Nutzgenuß, seinen Kindern das Eigenthum an dem Nachlaß eingeantwortet und den letzteren die Berichtigung der als Verlassenschaftsschuld angeführten Kosten der ärztlichen Behandlung der M in der letzten Krankheit aufgetragen wurde. Nun belangte die A — während der Krankheit der M deren Wärterin — den B als Erben auf Zahlung des Lohnes für die der M geleistete Pflege. B erhob dagegen die Einwendung der fehlenden passiven Sachlegitimation, da nicht er, sondern seine Kinder die Erben der M und daher nur sie mit dem Klageanspruch zu verfolgen seien. — In erster Instanz wurde B zur Zahlung von $1/_6$ der Klagesumme verurtheilt. Gründe: Bei der Collision der angebrachten Erbserklärungen, über welche das Abhandlungsgericht nicht abgesprochen hat, kann die Frage: wer Erbe der M sei, auf Grundlage jener Erbserklärungen nicht gelöst werden; es bleibt daher in dieser Richtung, ohne weitere Berücksichtigung des Erbrechtstitels, nur die Annahme übrig, daß das Erbrecht sämmtlicher Prätendenten, des B und seiner Kinder, in dem geschlossenen Erbvergleich gegenseitig anerkannt wurde, und daß mithin sowohl B als dessen Kinder Erben der M seien. Als solche sind sie zur Zahlung der eingeklagten Nachlaßschuld und zwar in Folge ihrer bedingten Erbserklärung nach Verhältniß ihrer Erbtheile (§. 821 a. b. G. B.) verpflichtet. Allein das Verhältniß der Erbportionen, insbesondere das Verhältniß des dem B eingeräumten Nutznießungsrechtes an den Erbtheilen seiner Kinder, denen der Nachlaß als Eigenthum zugewiesen wurde, konnte auf directem Wege nicht ermittelt werden, weshalb von der Analogie des §. 839 a. b. G. B. Gebrauch gemacht und die Erbtheile sämmtlicher sechs Erben als gleich groß angenommen wurden, woraus folgte, daß B allein nur zur Zahlung von $1/_6$ der Klagesumme verurtheilt werden durfte. — Auf die von der Klägerin ergriffene Appellation verurtheilte das O. L. G. aus den nachstehenden Gründen den B zur Zahlung der Hälfte der Klagesumme: Die Verlassenschaft der M haben B als gesetzlicher Alleinerbe und seine Kinder als ausschließliche Testamentserben angetreten. Welchem der beiden Theile das von jedem ausschließlich in Anspruch genommene Erbrecht zustehe, ist in keiner Weise entschieden worden, sondern es haben sich beide Parteien über die Vertheilung des Nachlasses in der Art verglichen, daß jeder von ihnen aus dem Nachlaß etwas erhielt, was er nicht erhalten haben würde, wenn das von ihm in Anspruch genommene Erbrecht als unbegründet erklärt worden wäre. Diese der erstgerichtlichen Entscheidung zum Grund gelegte Anschauung ist richtig, nicht aber auch die von der ersten Instanz daraus abgeleitete Ansicht, daß B zur Zahlung der eingeklagten Nachlaßschuld nur mit $1/_6$ beizutragen habe. Denn B würde mit nur $1/_6$ dann beizutragen haben, wenn er gemeinschaftlich mit

seinen Kindern die Erbschaft angetreten hätte; allein sowohl er wie seine Nachkommen haben die ganze Verlassenschaft in Anspruch genommen, so daß in Beziehung auf das Erbrecht nicht sechs Personen neben einander, sondern zwei Parteien einander gegenüberstehen, welche auf Grund des geltend gemachten Erbrechtes die Erbschaft unter sich getheilt haben. Da sich nun wegen der unterbliebenen Entscheidung über das Erbrecht die Portionen, mit welchen jede der beiden Parteien in die Erbschaft einzutreten berechtigt wäre, nicht bestimmen lassen und, wie oben gezeigt, dennoch das Erbrecht die Grundlage der Betheiligung jeder der beiden Seiten ist, so mußte gemäß §§. 889 und 839 a. b. G. B. die Erbschaft und damit auch die Haftung für die Nachlaßschulden als zwischen B einerseits und seinen Kindern andererseits gleich getheilt angenommen, folglich B als Schuldner der Hälfte der eingeklagten Forderung erkannt werden und dies um so mehr, da in der beigebrachten Einantwortungsurkunde weder die aliquoten Erbtheile beider Seiten festgesetzt sind, noch eine Bestimmung über die Pflicht zur Berichtigung der eingeklagten Forderung enthalten ist und aus dem, was darin bezüglich der Berichtigung der Kosten der ärztlichen Behandlung der Erblasserin angegeben ist, ein Schluß auf die zur Zahlung der Nachlaßschuld an die Klägerin verpflichtete Person nicht zulässig ist.

Auf die Revisionsbeschwerde des Beklagten hat der oberste Gerichtshof das Urtheil der ersten Instanz in der Erwägung bestätigt, daß der Beklagte gegen das erstgerichtliche Urtheil nicht appellirt und seine Revisionsbeschwerde nur gegen die obergerichtliche Abänderung desselben gerichtet hat, mithin in letzter Instanz nur die Frage zu entscheiden ist, ob der Beklagte zur Zahlung der Hälfte oder zur Zahlung von $^1/_6$ der eingeklagten Forderung verpflichtet sei; daß der Beklagte von beiden Untergerichten als Miterbe des Nachlasses der M angesehen wurde, daher dieselbe Anschauung vermöge der Natur des summarischen Processes (nach dessen Regeln der Rechtsstreit geführt wurde) auch der oberstgerichtlichen Entscheidung zum Grund gelegt werden muß; daß bei der Prüfung der Frage, welcher Erbtheil den einzelnen Erben der M gebühre, lediglich auf die nach dem vorgängigen Vergleich der Erben erlassene Einantwortungsurkunde des Abhandlungsgerichtes Bedacht genommen werden kann; daß aber in der letzterwähnten Beziehung in der Einantwortungsurkunde zwischen den Erben kein Unterschied gemacht worden ist, mithin nach den §§. 550 u. 821 alle Erben zu gleichen Theilen für die Schulden der Verlassenschaft zu haften haben.

## Nr. 4352.

### Auslegung der Statuten einer Versicherungsgesellschaft: Perfection des Versicherungsvertrages.

**Entsch. v. 7. Dec. 1871, Nr. 12676 (Best. des Urth. des B. G. Budweis v. 5. Juli 1871, Nr. 4508, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag v. 21. August 1870, Nr. 28777). G. Z. 1872, Nr. 28.**

Die Firma B, welche ihre Fabrik in Budweis bei der Assecuranzgesellschaft A auf Ein am 28. Mai 1870 ablaufendes Jahr gegen die Prämie von 38 fl. versichert hatte, machte der Gesellschaft am 26. Mai 1870 den Antrag auf Erneuerung der Versicherung auf ein Jahr, welcher von der letzteren angenommen wurde. Als diese nun gegen B die Zahlung der Prämie einklagte, wendete die Beklagte ein, daß der Versicherungsvertrag gar nicht zu Stande gekommen sei und berief sich dafür auf den §. 3 der im Assecuranzstatut enthaltenen allgemeinen Bedingungen, welcher lautet: „Die Versicherung hat jedoch nur dann Giltigkeit, wenn sie von der Direction oder der betreffenden Generalagentschaft angenommen und die bedungene Prämie hiefür bezahlt wurde.“ — Das Gericht erster Instanz verwarf das Klagebegehren, welchem vom O. L. G. aus folgenden Gründen stattgegeben wurde: Die beklagte Firma kann sich auf den §. 3 der Bedingungen mit Erfolg nicht berufen. Denn dieser Paragraph unterscheidet den Versicherungsvertrag von der Versicherung, welch' letztere der Zustand ist, in dem sich die assecurirte Sache unter der vollen Wirksamkeit des Versicherungsvertrages befindet. Dieser Zustand nun tritt nach §. 3 erst nach der Zahlung der Prämie ein. Das Ausbleiben dieser Zahlung hindert zwar den Eintritt des Zustandes der Versicherung, es hebt aber nicht den schon geschlossenen Versicherungsvertrag auf, durch welchen die Assecuranzgesellschaft zur Klage auf Zahlung der im Vertrag festgesetzten Prämie berechtigt ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz. Gründe: Bei jedem Versicherungsvertrag ist für den Versicherungswerber die Erlangung der Versicherung der wesentliche Zweck und er kann daher erst in dem Moment als perfect betrachtet werden, in welchem, nach den Vertragsstipulationen, die Versicherung, beziehungsweise die Pflicht des Versicherers zur Leistung der entsprechenden Entschädigung für den bestimmten Schadensfall fest begründet erscheint. Nachdem im vorliegenden Falle gemäß §. 3 der Statuten der klagenden Assecuranzanstalt zur Giltigkeit der Versicherung nicht blos die Annahme des Versicherungsantrages, sondern ausdrücklich auch noch die vorgängige Einzahlung der bedungenen Prämie erforderlich war, allein von der die Versicherung anstrebenden beklagten Firma nicht geleistet worden ist, so kann der von ihr der klagenden Gesellschaft gemachte Antrag auf Versicherung ungeachtet der Annahme desselben von Seite der letzteren, als zu einem perfecten Versicherungsvertrag erwachsen nicht angesehen werden.

## Nr. 4353.

### Deferirung des Haupteides durch bloße Erbietung zum Eide.

**Entsch. v. 7. Dec. 1871, Nr. 13106 (Abänd. der Urth. des B. G. Grybow v. 3. März 1871, Nr. 339 und des O. L. G. Krakau v. 27. Juli 1871, Nr. 7870). Jur. Bl. 1872, Nr. 29.**

Gegen die Klage des A wegen Zahlung eines Miethzinsausstandes von 129 fl. wendete der Beklagte B ein, einen Theil dieser Forderung und zwar 93 fl. in Raten gezahlt zu haben und nur mehr 36 fl. schuldig zu sein. Da er für die geleisteten Zahlungen keine Zeugen habe, erbiete er sich, dieselben durch den Haupteid zu beweisen; er trage aber den Eid dem Kläger nicht auf, sondern sei bereit, ihn selbst abzuschwören. Der Kläger erklärte den (ihm nicht zugeschobenen) Haupteid in negativem Sinne anzunehmen. — Das Gericht erster Instanz verurtheilte den B zur Zahlung von 36 fl. unbedingt und zur Zahlung der übrigen 93 fl. für den Fall, daß B den Haupteid: seines Wissens und Erinnerns diese Zahlung dem A geleistet zu haben, nicht schwört. — Das O. L. G. verurtheilte den B unbedingt zur Zahlung der vollen Klagesumme, indem es den Beweis durch den Haupteid in der Erwägung eliminirte, daß der Beklagte den Haupteid über die Zahlungen dem Kläger nicht aufgetragen hat und der Eid von dem Richter dem Beklagten umsoweniger aufgetragen werden kann, als der Kläger nicht in der Lage war, den ihm nicht deferirten Eid dem Beklagten zurückzuschieben und ihn in der That nicht zurückgeschoben hat, und daß andererseits der Eid auch nicht dem Kläger auferlegt werden kann, dem er eben nicht zugeschoben worden ist.

Der oberste Gerichtshof erkannte, daß B die fraglichen 93 fl. zu zahlen schuldig sei, wenn der Kläger den von ihm in der Replik angenommenen Haupteid der Einrede, daß seines Wissens und Erinnerns B die 93 fl. ihm nicht gezahlt habe, abschwört. In den erstgerichtlichen Motiven heißt es: Die von Seite des Beklagten in der Einrede erfolgte Anbietung des Beweises durch den Haupteid für die in Raten geleistete Zahlung der 93 fl. kann dadurch, daß der Beklagte erklärte, den Eid selbst leisten zu wollen, nicht als beseitigt angesehen werden, weil diese Art der Anbietung den Vorschriften der westgal. G. O. (§§. 170 und 275) widerstreitet und der Beklagte, der erklärt, sich des Beweismittels durch den Haupteid bedienen zu wollen, den richterlichen Ausspruch nach den Vorschriften der G. O. in Betreff der Zulassung dieses Beweises sich gefallen lassen muß.

## Nr. 4354.

### Ungetheilte Haftung der Pfandsache für die gesammte Pfandschuld.

**Entsch. v. 7. Dec. 1871, Nr. 14619 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des K. G. Przemysl v. 10. August 1870, Nr. 5988 und des O. L. G. Lemberg v. 1. März 1871, Nr. 2997). G. H. 1872, S. 157.**

Nachdem die Forderung des A von 525 fl. auf der Liegenschaft X des Schuldners B intabulirt worden war, verkaufte der Letztere grundbücherlich ein Viertheil der Realität dem C. Darauf wurde gegen die dem B verbliebenen $^3/_4$ von einem andern Pfandgläubiger die Execution geführt und nach dem executiven Verkaufe von A die ganze Forderung zur Zahlung angemeldet. — Allein beide Untergerichte wiesen nur $^3/_4$ derselben auf das Meistgebot an, weil nicht die ganze Realität verkauft wurde, die solidarische Haftung aller Antheile der Liegenschaft aber nicht intabulirt sei und weil durch die Intabulation einer Forderung auf der ganzen Realität eine Simultanhypothek der einzelnen Theile der letzteren nicht begründet werde.

Von dem obersten Gerichtshofe wurde die ganze Forderung des A zur Zahlung auf das Meistgebot angewiesen. Gründe: Im Sinne des §. 457 a. b. G. B. haftet jeder Theil der Pfandsache solidarisch für die ganze Pfandschuld, und da durch die später erfolgte Veräußerung von $^1/_4$ der Realität des B daran nichts geändert wurde (§. 466 a. b. G. B.), so folgt in Hinblick auf den §. 891 a. b. G. B., daß A berechtigt ist, aus dem Kaufpreise der veräußerten $^3/_4$ seine ganze Forderung hereinzubringen.

---

## Nr. 4355.

### Rechnungslegung als Vorbedingung der vertragsmäßigen Lohnforderung für die Bewirthschaftung eines Gutes.

**Entsch. v. 12. Dec. 1871, Nr. 11181 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. St. Florian v. 29. Oct. 1870, Nr. 941 und des O. L. G. Wien v. 27. Juni 1871, Nr. 6398). G. H. 1872, S. 117.**

A belangte die B, deren Meiergut er gegen den bestimmten Lohn jährlicher 100 fl. bewirthschaftet hatte, auf Zahlung des seit einigen Jahren ausstehenden Lohnes. Die Beklagte bestritt die Forderung, weil A aus den bedeutenden Erträgnissen des Gutes weit mehr als seinen Lohn bezogen und unterlassen habe, über seine Verwaltung Rechnung zu legen. — Beide Untergerichte verurtheilten sie zur Zahlung mit der Motivirung, daß die angeblichen Ansprüche der Beklagten nicht so beschaffen seien, um den Charakter compensirbarer Gegenforderungen annehmen zu können (§. 1438 a. b. G. B.).

Der oberste Gerichtshof hat den Kläger aus den folgenden Gründen abgewiesen: Als Wirthschafter auf dem Meiergute der B war A mit dessen Verwaltung betraut; es bestand daher zwischen Beiden ein Vollmachtsverhältniß. Der Umfang der Rechte und Pflichten des A als Mandatar ist, bei dem Mangel eines schriftlichen Mandats, gemäß §. 1029 a. b. G. B. nach dem Gegenstand und der Natur des Geschäftes zu beurtheilen, — daher zu vermuthen, daß dem A die Macht eingeräumt wurde, alles zu thun, was die Verwaltung des Gutes erforderte und gewöhnlich damit verbunden ist. Es kann sonach seine Berechtigung, Zahlungen für verkaufte Erzeugnisse des Gutes anzunehmen und die empfangenen Gelder zur Bestreitung der Verwaltungskosten zu verwenden, nicht bezweifelt werden. Er hat auch ausdrücklich zugegeben, mit den Gutseinnahmen die Steuern und Dienstbotenlöhne bezahlt, Ankäufe bestritten und der B mehrere, auch bedeutende Geldzahlungen geleistet zu haben; er war daher auch berechtigt, mit diesen Geldern sich den eigenen Lohn zu zahlen, da die Zahlung des Wirthschafterlohnes offenbar zu den Geschäften des Wirthschaftsbetriebes gehört. Aus diesem Verhältnisse ergibt sich, daß, nachdem es sich nicht um die Bezahlung einer vereinzelten Post handeln kann, sondern es sich um fortgesetzte Empfänge und fortgesetzt bestrittene Ausgaben und nur um die nothwendige Entgegenstellung aller Empfänge und aller Ausgaben und Geldabfuhren handeln muß, der Kläger nicht berechtigt ist, ohne Weiteres die Zahlung des Lohnes zu fordern, sondern daß er erst die gehörige Verrechnung vorlegen muß — was er ja einigemale gethan haben will — um dann, wenn daraus die schon erfolgte Zahlung des Lohnes nicht resultirte, denselben fordern zu können.

---

## Nr. 4356.

### Executivproceß: urkundlicher Nachweis der die Fälligkeit bedingenden Einmahnung.

**Entsch. v. 12. Dec. 1871, Nr. 14672 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 29. August 1871, Nr. 48905, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 11. Oct. 1871, Nr. 20266). G. Z. 1872, Nr. 37.**

Auf Grund des mit den gesetzlichen Erfordernissen einer vollkommen glaubwürdigen Urkunde versehenen Schuldscheines, worin sich der Schuldner zur Zahlung einer Summe von 800 fl. binnen drei Tagen „nach geschehener Einmahnung“ verpflichtete, begehrte der Gläubiger die Zahlung, beziehungsweise die Einleitung des Executivprocesses nach §. 298 und Justiz-Hofdcr. vom 7. Mai 1839, J. G. S. Nr. 358. — Gegen die vom Gerichte erster Instanz bewilligte Einleitung des Executivprocesses recurrirte der Schuldner, worauf das O. L. G. die An-

ordnung einer Tagsatzung nach §. 16 a. G. O. verfügte, weil nach Inhalt der nach §. 113 a. G. O. allerdings glaubwürdigen Urkunde der Eintritt der Fälligkeit der Forderung von einer Bedingung abhängig erscheint, welche als vorhanden urkundlich nicht ausgewiesen wurde.

Auf den Recurs des Klägers, der geltend machte, daß nach §. 298 a. G. O. überhaupt nur eine die Forderung ausweisende glaubwürdige Urkunde und nicht wie im Mandatsprocesse auch der urkundliche Nachweis über die Fälligkeit derselben gefordert werde, bestätigte der oberste Gerichtshof die obergerichtliche Erledigung in Erwägung, daß die Schuldurkunde für sich allein das Begehren auf Zahlung der Schuld nicht begründet, da die Fälligkeit der letzteren auf einen Termin gestellt wurde, der erst von der vorgängigen Aufforderung zur Zahlung lauft, welche Aufforderung aber nicht dargethan worden ist.

---

## Nr. 4357.

### Besitzstörung?

**Entsch. v. 12. Dec. 1871, Nr. 14778 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Mödling v. 28. Sept. 1871, Nr. 8907 und des O. L. G. Wien vom 26. Oct. 1871, Nr. 20475). G. Z. 1872, Nr. 9.**

A, Miether einer Wohnung, belangte die Eheleute B als Vermiether derselben in possessorio summariissimo, weil die Geklagten, als der Kläger mit seiner Familie verreist war, dessen Wohnung aufgeschlossen, die Fenster zeitweilig geöffnet, und das Küchenfenster ausgehoben hatten, ohne den Kläger oder dessen Vertreter zu befragen. Die Geklagten bestritten das Vorhandensein einer Besitzstörung, weil sie nur wegen nothwendiger Lüftung der Wohnung und der darin befindlichen ihnen gehörigen Möbel die Wohnung aufgesperrt und die Fenster zeitweilig geöffnet, also Handlungen gesetzt haben, zu denen sie wegen Erhaltung der Wohnung berechtigt waren, weil sie sich in das Recht des Klägers auf den vertragsmäßigen bedungenen Gebrauch der fraglichen Wohnung keinen Eingriff erlaubt haben, sondern nur der in dem hermetischen Verschlusse der Wohnung liegenden vertragswidrigen Verfügung über dieselbe von Seite des Klägers entgegengetreten sind. — Von dem Gerichte erster Instanz wurde der Kläger abgewiesen, aus folgenden Gründen: Nur solche Handlungen der Geklagten können eine Besitzstörung enthalten, welche entweder die Benützung und den Gebrauch der Wohnung durch den Geklagten hindern, oder beeinträchtigen, oder aber eine Benützung oder einen Gebrauch durch die Geklagten selbst involviren. Die von den Geklagten unternommenen Handlungen haben weder den einen noch den anderen Charakter, und zwar um so weniger, als der Kläger ihm gehörige

Möbel gar nicht mehr in der Wohnung hatte. Auch ist die Behauptung der Geklagten, das Aufsperren der Wohnung und das Oeffnen der Fenster nur wegen des Lüftens und der nothwendigen Erhaltung der Wohnung und ihrer darin befindlichen Möbel — somit nur in Ausübung des ihnen nach §. 1096 a. b. G. B. zustehenden Rechtes unternommen zu haben, vom Kläger nicht widerlegt worden. — In dem vom Kläger gegen die Abweisung ergriffenen Recurse wurde ausgeführt, daß der Miether einer Wohnung das Recht habe, sie zu bewohnen oder unbenützt zu lassen und zu versperren, daß der Miether in dem vorliegenden Falle durch das Versperren der Wohnung den Willen manifestirt habe, auch während seiner Abwesenheit sich den Besitz zu erhalten (§. 352 a. b. G. B.), daher derjenige, der mittelst Nachschlüssel oder Dietrich, in die Wohnung eindringt, sei es auch nur um zu lüften, den Miether in dem Besitze des Rechtes störe, die Wohnung nach Belieben offen oder versperrt zu halten; daß ferner aus §. 1096 a. b. G. B. für den Bestandgeber nur eine Pflicht abzuleiten sei, welcher das entsprechende Recht des Miethers gegenüberstehe, der aber zur Ausübung dieses Rechtes nicht genöthigt werden könne, und daß die Vermiether, falls der Miether durch das Verschließen der Wohnung einen wesentlich nachtheiligen Gebrauch von der Sache gemacht haben sollte, nicht zu eigenmächtiger Selbsthilfe, sondern nur von dem nach §. 1118 a. b. G. B. ihnen zustehenden petitorischen Rechtsmittel hätten Gebrauch machen können. — Das O. L. G. bestätigte den erstrichterlichen Bescheid aus den darin enthaltenen Gründen.

Der oberste Gerichtshof verwarf den a. o. Recurs des Klägers mit der Bemerkung, daß die untergerichtlichen Entscheidungen durch den §. 2 der kaiserl. Verordnung v. 27. Oct. 1849, R. G. Bl. Nr. 1012, welcher zur Besitzstörung eine Beeinträchtigung des Besitzes oder eine widerrechtliche Besitzeinsetzung fordert, und dadurch gerechtfertigt seien, daß es von Seite der Geklagten an der Absicht, den Act einer Besitzstörung zu begehen, fehlte.

---

## Nr. 4358.

### Officiose Vernehmung der Zeugen eines mündlichen Testamentes nach Einantwortung des Nachlasses an die gesetzlichen Erben.

**Entsch. v. 13. Dec. 1871, Nr. 14699 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Neu-Sandez v. 1. März 1871, Nr. 1203 und des O. L. G. Krakau v. 24. Nov. 1871, Nr. 18083). G. H. 1872, S. 93.**

**Das Gesuch um Vernehmung der Zeugen des Nuncupativtestamentes des M, welches A nach der bereits auf Grund der gesetzlichen Erbfolge vollzogenen Einantwortung der M'schen Verlassenschaft ange-**

bracht hat, wurde von beiden Untergerichten abgewiesen, allein von dem obersten Gerichtshofe mit folgender Begründung bewilligt: Die bereits erfolgte Einantwortung der Erbschaft steht nach §. 180 des kaiserl. Patentes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, der Bewilligung des Gesuches nicht entgegen, noch kann der Meinung des O. L. G., daß die citirte Vorschrift nur auf schriftliche letztwillige Anordnungen anwendbar sei, beigepflichtet werden, weil ein Unterschied dieser von mündlichen Anordnungen weder in den Worten, noch im Sinne der Vorschrift gegründet ist und außerdem zu erwägen kommt, daß nach §. 65 ibid. bei vorliegender Anzeige einer mündlichen Willenserklärung das Gericht von amtswegen verpflichtet ist, dieselbe zu erheben und kundzumachen. Eben so unhaltbar ist der andere Abweisungsgrund des O. L. G., daß nämlich unter den zu verhörenden Zeugen (neben nur zwei männlichen Zeugen) auch Frauenspersonen vorkommen, weil zur Zeit auf die Frage der Beweiskraft der Aussage der Letzteren (resp. auf die Frage der Giltigkeit des Testamentes) nicht einzugehen ist.

---

## Nr. 4359.

## Vorgang bei Austragung von Competenzconflicten zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden.

Entsch. v. 13. Dec. 1871, Nr. 14748. G. H. 1872, S. 89.

---

## Nr. 4360.

## Auslegung eines Testamentes: conditio oder occasio?

Entsch. v. 14. Dec. 1871, Nr. 9954 (Best. des Urth. des B. G. Gradisca v. 10. April 1869, Nr. 1241, Abänd. des Urth. des O. L. G. Triest vom 19. Oct. 1869, Nr. 5590). Gazz. dei Trib. 1872, Nr. 3.

M hinterließ bei seiner Abreise nach den Bädern von Abano seiner Frau B einen Brief des Inhaltes: „Das gegenwärtige Schreiben diene Dir zur Versicherung, daß, wenn ich — was Gott verhüte — auf meiner Reise nach den Bädern von S. Pietro Montagnan bei Abano sterben sollte, ich Dich zur Universalerbin meines ganzen Vermögens einsetze." M kehrte von Abano zurück; der Brief blieb in den Händen der B, die auf Grund desselben nach dem Tode des M sich zu seinem Nachlasse erbserklärte. Die Seiten-Verwandten des kinderlosen Erblassers erklärten sich ex lege als Erben und bestritten als Kläger gegen die B die Wirksamkeit des in dem Briefe des M enthaltenen Testamentes wegen Nichteintritts der darin aufgestellten

Suspensivbedingung der Erbseinsetzung. — Von dem Gerichte erster Instanz wurde die Erbseinsetzung der B als eine unbedingte angesehen und die Klage abgewiesen. — Das O. L. G. war der Ansicht, daß die Einsetzung suspensiv — durch den Tod des M auf der erwähnten Reise — bedingt war und erkannte deshalb nach dem Klagebegehren.

Der oberste Gerichshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz. Gründe: Die Stelle des Briefes, „wenn ich .... sterben sollte", enthält nicht die Beisetzung einer Suspensivbedingung, weil bei Erbeinsetzung der B das ihr zugedachte Erbrecht hiermit nicht von dem Ereignisse des Todes des M auf der Reise abhängig gemacht wurde (§. 696 a. b. G. B.). Aus dem Inhalt des Briefes und aus den Umständen, unter welchen er geschrieben worden ist, ergibt sich deutlich, daß M, der eine Reise machen und seine Frau verlassen mußte, eben nur die Gelegenheit wahrnahm, ihre Zukunft durch die Erbseinsetzung sicher zu stellen, und daß er durch die Bezugnahme auf die Reise nicht eine Bedingung ihrer Berufung als Erbin setzen, sondern nur den Beweggrund bezeichnen wollte, der ihn zu dem Briefe und zur Erbeinsetzung bestimmt hat. Das in dem Schreiben enthaltene Testament ist daher nicht als eine transitorische Erklärung des letzten Willens, welche nur in dem Falle des Todes des M auf der Reise wirksam sein sollte, sondern als die unbedingte Erbseinsetzung der B anzusehen, deren Wirksamkeit nach der Rückkehr des Testators von der Reise so lange fortdauerte, bis das Testament abgeändert oder widerrufen wurde, — welcher Fall nicht eintrat.

---

## Nr. 4361.

### Verpflichtung zum Ersatz des durch einen Fabriksbetrieb für den Nachbar entstehenden Schadens.

**Entsch. v. 14. Dec. 1871, Nr. 12629 (Best. des Urth. des B. G. Wiener-Neustadt v. 20. April 1871, Nr. 9699, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 27. Juli 1871, Nr. 14950). G. H. 1872, S. 31.**

A belangte den B, Besitzer einer Cementkalkfabrik, auf Zahlung von 30 fl. als Schadenersatz, weil durch den von der Fabrik auf die Wiese des Klägers gewehten Kalkstaub das Gras der Wiese als Viehfutter unbrauchbar geworden sei.

In Uebereinstimmung mit der ersten Instanz verurtheilte der oberste Gerichtshof den B nach dem Klagebegehren unter der Bedingung des von dem Kläger geleisteten Schätzungseides. Gründe: Daß das Gras auf der Wiese des A durch den Kalkstaub, welchen das Zerbröckeln von Cementziegeln in der an der Wiese angebauten und gegen dieselbe offenen Trockenhütte des B erzeugte, verdorben

wurde, ist durch den Befund und durch das Gutachten der Sachverständigen bewiesen. Zum Ersatz dieses Schadens ist B nach §. 1295 a. b. G. B. verpflichtet, und er kann sich dagegen auf den §. 1305 ibid. (Qui jure suo utitur neminem laedit) nicht berufen, weil das Eigenthum an der Trockenhütte im Sinne des §. 364 a. b. G. B. ihn nicht zu Handlungen berechtigt, die auf den Grund des Nachbars hinüber greifen und dessen Eigenthum verderben, — um so weniger, als er eine Ermächtigung der Behörde zu der schädlichen Manipulation nicht beigebracht hat.

---

## Nr. 4362.

### Concursverfahren: Liquiderklärung des Pfandrechts an Sachen, deren Einbezogensein in die Concursmasse streitig ist.

Entsch. v. 14. Dec. 1871, Nr. 12817 (Best. des Urth. des K. G. Neutitschein v. 26. Mai 1871, Nr. 5669, Abänd. des Urth. des O. L. G. Brünn v. 16. August 1871, Nr. 8768). G. H. 1872, S. 297.

A belangte die Concursmasse seines Schuldners B wegen Liquidhaltung der Forderung von 106 fl. und des vor der Concurseröffnung erworbenen prätorischen Pfandrechtes an Mobilien, die nach der Anführung des Klägers in das Concursinventar eingezogen und veräußert worden sind. — Von dem O. L. G. ward das auf das Pfandrecht bezügliche Begehren abgewiesen, weil der Kläger nicht dargethan hat, daß die gepfändeten Sachen in dem Masseinventar aufgenommen und mit jenen Gegenständen, die unter den 503 Posten des Inventars und des Versteigerungsprotokolles eingestellt erscheinen, verkauft worden seien, und daß sonach der Erlös aus deren Versteigerung an die Stelle der Effecten treten könne, an denen der Kläger das Pfandrecht erworben hatte.

Der oberste Gerichtshof erklärte mit der ersten Instanz das Pfandrecht für liquid. Gründe: Da das Begehren nur auf Liquidhaltung des Pfandrechtes an den im Pfändungsprotokolle verzeichneten Sachen gerichtet ist und diese Sachen vor Ausbruch des Concurses dem Cridar gehörten, kann dasselbe nicht beanständet werden. Ob die gepfändeten Mobilien beim Ausbruch des Concurses noch vorhanden waren und daher in die Concursmasse gezogen wurden, ist hier nicht zu entscheiden: das Klagebegehren, wie es gestellt wurde, kann durch die Frage, ob jene Effecten einen Theil der Concursmasse bilden, nicht alterirt werden.

---

## Nr. 4363.

### Versprechen eines Entgeltes für das „Bereden" eines Erblassers zur Bedenkung des Promittenten: Beweis des Causalnexus.

**Entsch. v. 15. Dec. 1871, Nr. 8423 (Best. des Urth. des B. G. Myslenice v. 30. Oct. 1869, Nr. 1689, Abänd. des Urth. des O. L. G. Krakau vom 26. Jänner 1870, Nr. 22040). G. H. 1872, S. 124.**

Gegen die Klage der A pcto. Zurückzahlung eines Darlehens von 50 fl. wendete die Beklagte B ein, daß ihr die Klägerin den Erlaß der Schuld versprochen habe, wenn sie den Ehemann der Klägerin M bereden würde, derselben sein ganzes Vermögen zu vermachen, was ihrerseits auch geschehen sei. — Das Gericht erster Instanz verurtheilte die B unbedingt nach dem Klagebegehren; das O. L. G. erkannte auf den Haupteid, durch den die B die obigen Thatsachen zu beweisen sich erbot.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil. Gründe: Nach dem Wortlaut und Sinn der vorgebrachten Einwendung kann das Wort „Bereden" nur die Bedeutung haben, daß die Beklagte die Erbeinsetzung der Klägerin bei dem Ehemanne der Letzteren bewirke. Wenn nun durch den Haupteid auch festgestellt würde, daß sie den M zu der Erbeinsetzung aufforderte, so wäre damit noch nicht bewiesen, daß ihre Einwirkung den beabsichtigten Erfolg gehabt habe, weil nicht vorliegt, daß M anderer Meinung gewesen wäre und daß die Beklagte, eine Fremde, auf ihn einen solchen Einfluß hatte, um ihrer Einwirkung den eingetretenen Erfolg zuschreiben zu müssen.

---

## Nr. 4364.

### Auslegung eines Geldvermächtnisses.

**Entsch. v. 15. Dec. 1871, Nr. 13868 (Best. des das Urth. des K. G. Tarnow v. 30. Dec. 1870, Nr. 17619, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau v. 4. Juli 1871, Nr. 7122). G. H. 1872, S. 56.**

M hatte das „Geld", welches (für ihn) in dem gerichtlichen Depositenamte zu X liegt, seinem Onkel C vermacht. In dem genannten Depositenamte waren für die Verlassenschaft 9200 fl. Grundentlastungs-Obligationen sammt Coupons und eine unbedeutende Barschaft verwahrt. Nachdem dem B als Gläubiger des C das Pfandrecht an den dem Letzteren — etwa — gebührenden Grundentlastungs-Obligationen des oberwähnten Depositums bewilligt worden war, belangte A als Erbe des M den B wegen Unwirksamkeit des Pfandrechtes und Löschung der Anmerkung im Depositenbuche. Es handelte sich in dem Processe um die Auslegung des Wortes „Geld" in der Vermächtniß-

anordnung: ob darunter nur die Barschaft oder auch die Obligationen zu verstehen seien. — Das Gericht erster Instanz interpretirte im ersteren Sinne und erkannte nach dem Klagebegehren, welches von dem die weitere Auslegung zulassenden O. L. G. abgewiesen wurde.

Der oberste Gerichtshof entschied wie die zweite Instanz, aus folgenden Gründen: „Geld" und „Barschaft" sind nicht identische Ausdrücke. Während unter dem letzteren Ausdrucke nach allgemeinem Sprachgebrauche und nach der demselben sich anschließenden Bestimmung des Gesetzes (§. 680 a. b. G. B.) nur klingende Münze und das derselben im ordentlichen Umlaufe gleichkommende Papiergeld verstanden werden, ist die gewöhnliche Bedeutung des allgemeinen Ausdruckes „Geld" eine viel weitere, da sie nebst der Barschaft auch fruchtbringend angelegtes Geld in sich schließt. Nach dieser hier maßgebenden (§. 655 a. b. G. B.) Bedeutung müssen daher unter „Geld" auch jene öffentlichen Creditpapiere verstanden werden, welche, ohne gerade dazu bestimmt zu sein, im ordentlichen Umlaufe die Stelle von Bargeld zu vertreten, Geldsummen repräsentiren, zumal das Gesetz (§. 985 a. b. G. B.) selbst bestimmt, daß sie den Gegenstand von „Gelddarleihen" bilden können. Da nun die Grundentlastungs-Obligationen alle Vortheile der Staatspapiere genießen (§. 20 des kaiserl. Patentes vom 29. October 1853, R. G. Bl. Nr. 236), so sind auch sie unter den Ausdruck „Geld" zu subsumiren. Ueberdies hat der Kläger nicht angeführt, viel weniger bewiesen, daß der Testator gewohnt war, mit dem Worte „Geld" einen eigenen, besonderen Sinn zu verbinden, namentlich den Begriff desselben auf klingende Münze und Papiergeld zu beschränken (§. 655 a. b. G. B.), und in dem letzten Willen selbst hat er nur zwischen hypothekarisch versicherten Summen und dem im Depositenamte zu X befindlichen Gelde unterschieden.

---

## Nr. 4365.

## Unzulässigkeit der Anhaltung des Gemeinschuldners zur Beschwörung seines Vermögensstandes nach Aufhebung des Concurses wegen Geringfügigkeit des Vermögens.

**Entsch. v. 19. Dec. 1871, Nr. 14900 (Best. des Decr. des K. G. Eger vom 27. Mai 1871, Nr. 2764, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 7. August 1871, Nr. 26895). G. H. 1872, S. 50.**

Nachdem der gegen B eröffnete Concurs wegen Geringfügigkeit des von ihm angegebenen Vermögens wieder aufgehoben worden war (§. 154 C. O.), begehrte der Gläubiger A, daß demselben der im §. 66 C. O. bezeichnete Eid aufgetragen werde. — Das O. L. G. trug dem B den Eid auf mit folgender Begründung: Wenn in dem

Falle der wegen Geringfügigkeit des vom Cridar angegebenen Vermögens abgelehnten Eröffnung des Concurses derselbe auf Anlangen eines Gläubigers nach §. 66 C. O. zu dem Eide, nichts verschwiegen zu haben, anzuhalten ist, so muß dies per analogiam um so mehr in dem Falle der wegen Geringfügigkeit des Vermögens verfügten Aufhebung des Concurses geschehen, weil in beiden Fällen der gleiche Grund des Gesetzes vorhanden ist, nämlich die Absicht, den Schuldner zur wahrheitsgetreuen Angabe des Vermögens zu zwingen und die Gläubiger vor dem aus einer Vertuschung entstehenden Schaden zu bewahren.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den abweisenden Bescheid der ersten Instanz. Gründe: Während des Concurses hat der Cridar nach §. 97 C. O. auf Anlangen des Masseverwalters oder eines Gläubigers den Eid zu leisten, daß er in dem Activstand nichts verschwiegen, in dem Passivstand nichts erdichtet habe. Das erst nach der Aufhebung des Concurses gestellte Begehren um die Eidesleistung aber ist in dem Gesetze nicht begründet.

---

## Nr. 4366.

## Frist zur Erstattung der Einrede in der Hauptsache nach Zurückweisung der Incompetenzeinrede.

**Entsch. v. 19. Dec. 1871, Nr. 14912 (Best. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 3. Oct. 1871, Nr. 118813 und des O. L. G. Wien vom 2. Nov. 1871, Nr. 21727). G. H. 1872, S. 67.**

B, welchem die Klage des A zu der in 30 Tagen zu erstattenden Einrede zugestellt worden war, brachte erst die Einwendung der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes vor, und nach der am 31. August 1871 an ihn vollzogenen Zustellung des die Einwendung abweisenden oberstgerichtlichen Erkenntnisses begehrte A am 1. October die Anordnung der Inrotulirungstagfahrt wegen der von B in der Zwischenzeit — bis 30. September — nicht erstatteten Einrede. Beide Untergerichte verordneten die Inrotulirung, weil die Einredefrist, welche nach erfolgter Abweisung der Incompetenzeinwendung der Richter nicht neuerdings festzusetzen hatte (§. 41 a. G. O. und Hofdecr. v. 31. October 1785, J. G. S. Nr. 489) mit dem 30. September abgelaufen war.

Der a. o. Revisionsrecurs des B, worin er anführte, daß der oberste Gerichtshof in einem gleichen Falle am 30. October 1862, Z. 7216 (Nr. 1589 der Sammlung) entgegengesetzt entschieden und daß das Oberlandesgericht die Gründe jener Entscheidung jetzt nicht widerlegt habe, wurde in dritter Instanz mit der Erklärung verworfen, daß in der den untergerichtlichen Verordnungen zum Grunde liegenden Auffassung eine Gesetzwidrigkeit nicht zu erkennen sei.

---

## Nr. 4367.

## Gegenstände des Augenscheines, welche nicht Urkunden sind: Austragung des Streites über deren Legung als Beilage von Proceßschriften.

**Entsch. v. 19. Dec. 1871, Nr. 14966 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 20. Juli 1871, Nr. 57569, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 11. Oct. 1871, Nr. 20448). G. H. 1871, S. 54.**

Bei der zur Recognoscirung der Originalien der Einredebeilagen anberaumten Tagfahrt erklärte der Kläger, daß die Beilagen Nr. 4, 8 u. a. ihm nicht in Abschrift mitgetheilt wurden und verwahrte sich gegen die seinerzeitige Einlegung derselben, da sie keine Urkunden, sondern Gewehrbestandtheile, daher kein Gegenstand der Recognoscirung und Einlegung seien. Nachdem der Beklagte dagegen auf der Zulässigkeit der Einlegung bestanden, erließ das Proceßgericht den Bescheid, daß die Einlegung von Gewehrbestandtheilen als Proceßschriftbeilagen nach den Bestimmungen des 13. Cap. der a. G. O. unstatthaft, dieselben daher zur Beweisführung ungeeignet seien und der Kläger mit dem Gesuche um deren Recognoscirung abgewiesen werde. — Auf den Recurs des Beklagten änderte das O. L. G. den Bescheid ab und beschränkte sich in seiner Erledigung auf die Anmerkung dessen, was der Kläger diesfalls vorgebracht hatte (Hofdecr. vom 13. Jänner 1794, J. G. S. Nr. 145), mit dem Bedeuten, daß in Betreff der Frage: ob die von dem Kläger beanstandeten Einredebeilagen seinerzeit eingelegt werden sollen, die Parteien auf die künftige Inrotulirung verwiesen, und daß über die Identität und Beweiskraft derselben nur in den Proceßschriften zu verhandeln und nach geschlossener Verhandlung zu entscheiden sein werde. — Dagegen ergriff der Kläger den Revisionsrecurs, worin er anführte: Das Offenhalten der Frage, ob Gewehrbestandtheile als Beilagen einer Satzschrift dienen können, und die Verweisung dieser Frage zur Verhandlung in den Inrotulirungstermin entspreche nicht dem Gesetze und der Natur der Sache. Aus dem §. 245 a. G. O., welcher nur festsetzt, was zu geschehen hat, wenn bei der Inrotulirung wegen Einlegung einer Urkunde ein Streit entstand, lasse sich nicht folgern, daß mit der Verhandlung darüber, ob Gegenstände, die keine Urkunden sind, einer Proceßschrift als Beilagen angeschlossen werden dürfen, bis nach dem Schluß der Verhandlung der Hauptsache gewartet werden müsse. Es wäre wohl zwecklos, über derlei als Beilagen allegirte Gegenstände im Processe des Breiten zu verhandeln, um schließlich bei der Inrotulirung darauf zu kommen, daß alles überflüssig war, dieselben als Proceßbeilagen nicht verwendbar seien.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung, weil es den Bestimmungen des §. 127 a. G. O. und des citirten Hofdecretes entsprach, daß die Erledigung der Recognoscirung

auf die Constatirung der hiebei von den Parteien abgegebenen Erklärungen beschränkt wurde; weil im Sinne dieser Gesetze bei der Recognoscirungserledigung die gerichtliche Entscheidung, daß und welche Beilagen zu einer Beweisführung nicht geeignet seien und ob als Beilagen bezogene Gegenstände, ohne Urkunden zu sein, bei der Acteninrotulirung einzulegen sein werden, nicht erfolgen durfte, und weil die Ausführungen über Zweck, Bedeutung und Wirkung solcher Allegirungen zur Verhandlung der Hauptsache gehören.

## Nr. 4368.

### Verbot: Bescheinigung der Forderung; Unzulässigkeit der Anmerkung der Verbotsbewilligung im Grundbuche.

**Entsch. v. 19. Dec. 1871, Nr. 15067 (Best des das Decr. des B. G. Napagedl v. 7. Juli 1871, Nr. 3321, abänd. Decr. des O. L. G. Brünn v. 11. Oct. 1871, Nr. 13042). G. Z. 1872, Nr. 57.**

Das O. L. G. hat das in erster Instanz dem A für eine gänzlich unbescheinigte Forderung an B gegen Caution für Schimpf und Schaden bewilligte Verbot auf eine Satzforderung des letzteren abgeschlagen und die Löschung der Anmerkung der Verbotsbewilligung im Grundbuche verordnet.

Diese Entscheidung wurde vom obersten Gerichtshofe mit der Erklärung bestätigt, daß der §. 285 a. G. O. das Verbot gegen Caution zwar zuläßt, wenn auch keine hinlänglichen Beweismittel für die Forderung beigebracht werden; daß aber diese Anordnung des Gesetzes eben voraussetzt, daß wenigstens eine Bescheinigung der Forderung beigebracht werden muß; daß übrigens auch die grundbücherliche Anmerkung des Verbotes als in keinem Gesetze gegründet sich darstellt.

## Nr. 4369.

### Nichtaufhebung des Verbotes bei gerichtlicher Hinterlegung einer Deckungssumme, ohne Einräumung des Pfandrechtes daran.

**Entsch. v. 19. Dec. 1871, Nr. 15073 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. der innern Stadt Wien v. 27. Oct. 1871, Nr. 42964 und des O. L. G. Wien v. 17. Nov. 1871, Nr. 23154). G. Z. 1872, Nr. 56.**

Nachdem dem A für seine Forderung von 42.119 fl. 42 kr. gegen B das Verbot auf alle Geldbeträge, die B aus dem mit der Gemeinde Wien wegen des Baues der Hochquellen-Wasserleitung geschlossenen Ver-

trage von der Gemeinde zu fordern hatte und zu fordern haben werde, rechtskräftig bewilligt worden war, versuchte B die Aufhebung des Verbotes im Sinne des §. 289 a. G. O. („wenn der Beklagte dem Verbotswerber für seine Forderung genügsame Sicherheit leistet") dadurch zu erwirken, daß er den Betrag von 50.000 fl., ohne dem A das Pfandrecht daran einzuräumen, bei Gericht in der Depositenamtsrubrik: B contra A Verbotssumme, hinterlegte. — Nach vorgängiger Verhandlung, in welcher A gegen die auf Grund dieses Erlages begehrte Aufhebung des Verbotes protestirte, entschied das Gericht erster Instanz, daß das dem A bewilligte Verbot auf das besagte Depositum von 50.000 fl. beschränkt werde, weil die Sicherstellung, gegen welche §. 289 a. G. O. die Aufhebung des Verbotes gestattet, nicht nothwendig eine Pfandbestellung sein müsse. — Das O. L. G. bestätigte diese Entscheidung.

In Erwägung, daß nach dem klaren Wortlaute des §. 289 a. G. O. B nur durch Leistung genügsamer Sicherheit von dem Verbote sich befreien, diese Sicherheit aber im Sinne des §. 1374 a. b. G. B. nur durch Bestellung tauglicher Bürgen oder durch Verpfändung geleistet werden kann; daß dem die Aufhebung des Verbotes in seinem ursprünglichen Umfange, beziehungsweise dessen Beschränkung anstrebenden B der Nachweis oblag, daß die gesetzlichen Bedingungen dafür vorhanden seien; daß er aber diesen Nachweis nicht geliefert, sondern sogar ausdrücklich erklärt hat, die geforderte Sicherheit in dem obigen Sinne nicht leisten zu wollen, und die seinerseits geschehene Deposition der 50.000 fl. als sogenannter „verbotener Betrag" ohne Zustimmung des A desfalls nicht genügt, — hat der oberste Gerichtshof das Gesuch des B um die Verbotsaufhebung abgewiesen.

## Nr. 4370.

## Immobilarexecution: Einsetzung des Erstehers in Besitz und Genuß des Gutes.

**Entsch. v. 19. Dec. 1871, Nr. 15078 (Best. des Decr. des L. G. Wien vom 13. Oct. 1871, Nr. 57617, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 16. Nov. 1871, Nr. 23072). G. Z. 1872, Nr. 38.**

Dem Ersteher einer im Executionswege versteigerten Realität wurde noch vor der Einantwortung die Einführung in den Genuß der erstandenen Liegenschaft bewilligt und der Vollzug dem Amtsdiener mit dem Beisatze aufgetragen, daß gegen die Executen nöthigenfalls mit zwangsweiser Delogirung vorzugehen sei. — Diese Verfügung wurde vom O. L. G., in so ferne sie die Einführung des Erstehers in den Genuß der gedachten Realität betraf, bestätigt, in so ferne sie aber die Bedrohung der Executen mit der Delogirung

ausſprach, in der Erwägung aufgehoben, daß dem Ersteher nach den Feilbietungsbedingnissen der Genuß vom Tage der Erstehung gebührt, er daher auch die Einführung in denselben begehren kann; daß jedoch hiemit nicht nothwendig der physische Besitz der Realität verbunden sein muß, und daß nach §. 339 a. G. O. das erstandene Gut dem Ersteher nur dann zu übergeben ist, wenn der Ersteher den Kaufschilling erlegt oder für die Zahlungsfristen Sicherheit gegeben oder sonst sich mit den Theilhabern verständigt hat; weshalb, da solches nicht ausgewiesen ist, mit der Delogirung der bisherigen Eigenthümer nicht vorgegangen werden kann.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstrichterlichen Bescheid, weil dem Executions= und Realgerichte nicht blos nach §. 339 a. G. O. die Uebergabe der erstandenen Realität in das Eigenthum des Erstehers, sondern auch auf Grundlage der genehmigten Licitationsbedingungen die Ausführung des Licitationsactes zukam, hiezu aber auch die Einführung des Erstehers in die demselben nach den Bedingungen bezüglich der erstandenen Realität eingeräumten Rechte gehört; weil es sich zum Behufe dieser Ausführung vorerst noch nicht gemäß §. 339 a. G. O. um die Uebergabe der Realität in das Eigenthum des Erstehers und um die Ausfertigung der Einantwortungsurkunde, daher auch nicht um die Erfüllung der gegen die Gläubiger obliegenden Verpflichtungen, sondern nur um den Vollzug der Licitationsbedingnisse handelte; weil, wenn auch nach diesen Bedingnissen dem Ersteher mit dem Tage der Erstehung und des Erlages des 10perc. Betrages vom Erstehungspreise nicht ausdrücklich der Eintritt in den physischen Besitz der erstandenen Realität, sondern nur der Genuß derselben eingeräumt wurde, doch die Einräumung des Genusses ohne eine Beschränkung erfolgte, diese unbeschränkte Einräumung des Genusses der Realität aber deren physischen Besitz um so mehr voraussetzt und in sich schließt, als der Ersteher doch andererseits den Kaufpreis vom Tage der Erstehung mit 6 Percent zu verzinsen und alle Lasten und Abgaben, sowie auch alle Gefahren zu tragen hat, diese Verpflichtungen aber eine Beschränkung des Genusses der Realität durch Ausschließung vom physischen Besitze derselben nicht annehmen lassen, sonach dem Ersteher nach den Bedingungen die Einführung in den physischen Besitz der Realität gebührte; weil mit diesem ihm zukommenden Besitze und dem unbeschränkten Genusse die von den Executen fortgesetzte Inhabung eines Theiles der Localitäten der erstandenen Realität, als das auszuführende Recht des Erstehers störend, unvereinbar ist, sonach zur Ausführung des Licitationsactes bezüglich des Erstehers auch die Behebung der Innehabung der Executen gehört, in dieser Beziehung aber der Licitationsact bei einer Weigerung der Executen nur durch deren Delogirung wirksam erfolgen kann.

---

## Nr. 4371.

### Herabminderung des Kaufpreises für ein Grundstück um das Entgelt für Ueberlassung der stehenden Früchte an den Verkäufer: Ausstellung einer Quittung über den Empfang des ganzen Kaufschillings für das Grundstück: Einheimsung der Früchte durch den Käufer des Grundstückes.

**Entsch. v. 20. Dec. 1871, Nr. 15008 (Best. des Urth. des B. G. Schluckenau v. 8. Oct. 1871, Nr. 3179, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag v. 31. Oct. 1871, Nr. 36225). G. Z. 1872, Nr. 21.**

B hatte von A mehrere Grundstücke, darunter ein Haferfeld, gekauft und nach einiger Zeit dem A auf den Kaufschilling eine Anzahlung von 76 fl. geleistet, wofür ihm dieser eine Quittung über 151 fl. ausstellte, weil sie übereingekommen waren, daß der Verkäufer A die eben stehende Frucht des Haferfeldes für sich gegen das Entgelt von 75 fl., worauf sich der quittirte Mehrbetrag (76 fl. + 75 fl. = 151 fl.) belief, einfechsen sollte. Nun wurde aber der Feldnutzen von dem Käufer B eingeheimst, und deshalb belangte ihn A auf Zahlung der 75 fl. Der Beklagte vertheidigte sich mit der Quittung und mit der Anordnung des §. 887 a. b. G. B. — Von dem Gerichte erster Instanz wurde die Klage unbedingt abgewiesen. — Das O. L. G. hingegen erkannte auf den Haupteid, welchen der Kläger zum Beweise der erwähnten, bei der Ausstellung der Quittung getroffenen Uebereinkunft dem Beklagten auftrug, und zwar aus folgenden Gründen: Der §. 887 setzt einen schriftlichen Vertrag voraus, wogegen eine Quittung kein Vertrag, sondern nach der ausdrücklichen Bestimmung des §. 1426 a. b. G. B. nur ein schriftliches Zeugniß der erfüllten Zahlungsverbindlichkeit ist, daher die bei Ausstellung von Quittungen getroffenen Verabredungen, wenn sie auch mit der Quittung nicht übereinstimmen, ihre Giltigkeit nicht verlieren. Ist es nämlich wahr, daß die Quittung nicht als Bestätigung einer erhaltenen Zahlung von 151 fl., sondern nur deshalb auf diese Summe ausgestellt wurde, weil Kläger bar 76 fl. und statt 75 fl. die Gestattung der Fechsung auf dem Haferfelde erhielt, dann darf gemäß §. 916 a. b. G. B. die Quittung nicht mehr als ein Zeugniß über die gezahlten 151 fl., sondern nach der wahren Beschaffenheit der behufs ihrer Ausstellung getroffenen Beabredung beurtheilt werden.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche Urtheil. Gründe: Auch abgesehen von dem §. 887 a. b. G. B. und vorausgesetzt, daß die Angabe des Klägers betreffend die Ueberlassung der Haferfeldfechsung wahr sei und nach §. 916 a. b. G. B. der Entscheidung des Streites zu Grunde gelegt werde, hätte derselbe nur das Recht, die Beschränkung der Rechtswirkung der Quittung auf den erhaltenen Betrag von 76 fl. und sohin bei Geltendmachung

seines ganzen Kaufschillingsanspruches die Zahlung des quittirten, aber nicht erhaltenen Betrages von 75 fl., oder in so ferne der Betrag pr. 75 fl. und beziehungsweise die Minderung des Kaufschillingsanspruches um diesen Betrag als das vereinbarte Entgelt für die überlassene Fechsung sich darstellen soll, die Erfüllung des Uebereinkommens (die Gestattung der Fechsung) und so ferne dieselbe nicht möglich ist, den Ersatz des durch den angeblichen Vertragsbruch erlittenen Schadens zu fordern. Die Klage ist aber weder auf das eine noch auf das andere gestellt; sie mußte daher abgewiesen werden.

---

## Nr. 4372.

### Verlust der Klageschrift im Appellationszuge: Anhaltung des Klägers zur Wiederbeschaffung derselben.

**Entsch. v. 20. Dec. 1871, Nr. 15031 (Best. des das Decr. des K. G. Stanislau v. 27. Juni 1871, Nr. 2435, abänd. Decr. des O. L. G. Lemberg v. 13. Sept. 1871, Nr. 21127). Jur. Bl. 1872, Nr. 33.**

In den Acten des im Appellationszuge befindlichen Wechselprocesses des A wider B fehlte die Klagschrift. Bei der zur Ergänzung der Acten anberaumten Tagfahrt behauptete der Beklagte, sein Exemplar der Klagschrift nicht mehr zu besitzen. Beide Untergerichte gingen von der Annahme aus, daß die Klagschrift mit anderen Acten bei dem kurz vorher im Gerichtshause entstandenen Brande in Verlust gerathen sei. Das Gericht erster Instanz trug dem Beklagten die Beibringung der Klage auf, widrigens er als von der ergriffenen Appellation zurücktretend angesehen werden müßte, weil der Kläger zu der ihm unmöglichen Vorlage der Klage nicht angehalten werden könne. — Das O. L. G. hingegen trug dem Letzteren auf, eine Abschrift der Klage aus dem Concepte derselben beizubringen, weil kein Beweis vorliegt, daß der Beklagte sein Klageexemplar besitzt, im Gegentheile wahrscheinlich ist, daß er gerichtsordnungsmäßig dasselbe dem Actenverzeichnisse beigeschlossen hat und daß es bei dem Brande verloren gegangen ist. Dagegen ergriff der Kläger den Revisionsrecurs, worin er anführte, daß er die verlangte Abschrift nicht verschaffen könne, weil die Wechselklagen ohne Concept sofort in die Feder dictirt zu werden pflegen, und daß die Vermuthung, daß der Beklagte sein Exemplar den Acten beigelegt habe, jeder Grundlage entbehre, da der Beklagte selbst dies nicht behauptete, sondern nur anführte, daß sein Exemplar irgendwo in Verlust gerieth, — was ein Zufall sei, weshalb derselbe den daraus entstandenen Schaden selbst tragen müsse (§. 1311 a. b. G. B.).

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung mit folgender Begründung: Bei dem Umstande, daß dem Beklagten,

nach seiner Angabe, das ihm zugestellte Klageexemplar abhanden gekommen ist, er daher es nicht beibringen kann, ist es Sache des Klägers, sich um die Ergänzung der Acten zu bekümmern, falls ihm daran liegt, eine rechtskräftige Entscheidung des Processes herbeizuführen.

---

## Nr. 4373.

### Anspruch eines erwachsenen unehelichen Kindes auf Versorgung.

**Entsch. v. 21. Dec. 1871, Nr. 11137 (Best. des Urth. des B. G. Brünn vom 4. März 1871, Nr. 3783, Abänd. des Urth. des O. L. G. Brünn vom 13. Juni 1871, Nr. 7127). G. H. 1872, S. 285.**

Mit der Paternitätsklage der Vormundschaft der siebzehnjährigen A gegen ihren unehelichen Vater B wurde die Zahlung eines Versorgungsbetrages von 500 fl. begehrt. — Das Gericht erster Instanz erkannte, unter der Bedingung des Eidbeweises der Beiwohnung des Beklagten während der kritischen Zeit, nach dem Begehren. — Das O. L. G. gab dem §. 166 a. b. G. B. die Auslegung, daß die Eltern eines unehelichen Kindes nur wenn es wegen Erwerbsunfähigkeit selbst sich nicht ernähren kann, zu dessen Versorgung verpflichtet sind; da nun die A schon 17 Jahre alt, nach dem Zugeständnisse der Vormundschaft gesund und kräftig, daher selbst im Stande ist, sich zu ernähren, wies das Obergericht den Klageanspruch ab.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil. Gründe: Nach dem §. 166 a. b. G. B. ist das uneheliche Kind berechtigt, von seinen Eltern die ihrem Vermögen angemessene Verpflegung, Erziehung und Versorgung zu fordern; nach §. 170 ibid. steht den Eltern frei, sich über den Unterhalt (Verpflegung), die Erziehung und Versorgung des unehelichen Kindes mit einander zu vergleichen, ohne daß ein solcher Vergleich den Rechten des Kindes Abbruch thun kann; nach §. 171 ibid. übergeht die Verbindlichkeit, uneheliche Kinder zu verpflegen und zu versorgen, gleich einer anderen Schuld auf die Erben der Eltern. Diese gesetzliche Aufstellung der Verbindlichkeiten der Eltern zur Verpflegung, Erziehung, Versorgung des unehelichen Kindes in der Reihenfolge, die dem nur nach und nach eintretenden Bedürfnisse und Rechte desselben entspricht, und insbesondere der Umstand, daß die Pflicht der Versorgung erst zuletzt erwähnt und mit den nach dem natürlichen Gange früher zur Erfüllung kommenden Pflichten der Verpflegung und Erziehung durch „und" in Verbindung gesetzt ist, lassen keinen Zweifel darüber aufkommen, daß die Versorgung mit der Verpflegung nicht identisch ist, sondern eine selbstständige, von dieser und der Erziehung durchaus verschiedene Leistung bezeichnet. Unter Verpflegung und Erziehung ist nach §. 672 a. b.

G. B. der Aufwand für Nahrung, Kleidung, Wohnung, die übrigen Bedürfnisse und für den nöthigen Unterricht, unter Versorgung aber nach §. 220 ibid. der Aufwand zu verstehen, durch welchen das Kind in einen fortdauernden Nahrungsstand versetzt werden soll. Während also das Recht der unehelichen Kinder auf die Verpflegung, respective die Verbindlichkeit der Eltern zur Bestreitung derselben mit der Geburt des Kindes beginnt und nach §. 141 ibid. schon dann aufhört, wenn es selbst sich zu ernähren vermag, tritt die Pflicht der Versorgung erst viel später, nämlich nach vollendeter Erziehung und eingetretener Selbsternährungsfähigkeit des Kindes ein, weil dann erst von dem Ergreifen eines den Nahrungsstand dauernd sichernden Erwerbszweiges die Rede sein kann und die Nothwendigkeit der Bestreitung des damit verbundenen Aufwandes vorhanden ist. Es ist daher nicht richtig, daß die A, weil sie schon 17jährig, gesund und selbsternährungsfähig geworden, kein Recht mehr habe, von ihren Eltern, beziehungsweise — da die Mutter erwiesenermaßen ganz vermögenslos ist — von ihrem Vater die seinem Vermögen angemessene Versorgung zu fordern; dieses Recht besteht im Gegentheile noch immer aufrecht.

## Nr. 4374.

### Expropriationsverfahren: Anfechtung der Schätzung durch den Exproprianten.

**Entsch. v. 21. Dec. 1871, Nr. 11361 (Best. des Urth. des B. G. Sterzing v. 21. Mai 1870, Nr. 1319, Abänd. des Urth. des O. L. G. Innsbruck vom 2. Mai 1871, Nr. 2777). G. Z. 1872, Nr. 56.**

Die Südbahngesellschaft, welche nach rechtskräftig gewordenem Expropriationserkenntnisse gemäß §. 9 lit. c des Eisenbahnconcessionsgesetzes vom 14. September 1854, R. G. Bl. Nr. 238, die gerichtliche Schätzung der Liegenschaften des expropriirten B erwirkt hatte, fand sich durch die nach ihrer Meinung übertriebene Höhe des ermittelten Einlösungspreises benachtheiligt und trat gegen B mit einer Klage auf, 1. mit dem Hauptbegehren um Nichtigkeit der Schätzung, und 2. für den Fall der Abweisung desselben mit dem Eventualbegehren um Aufhebung der Schätzung wegen Verletzung über die Hälfte. Zur Begründung des 1. Petits führte Klägerin an und erbot sich durch Zeugen und Kunstbefund zu beweisen, daß von den verwendeten Schätzleuten nur der Eine Schätzmann im Sinne des §. 259 westgal. G. O. dazu befähigt gewesen; daß der zweite Schätzmann insbesondere seine Unfähigkeit durch die Unrichtigkeit der seiner Schätzung zum Grunde gelegten Daten bekundet habe; daß alle Voraussetzungen, worauf gestützt die beiden Schätzleute den Werth der Liegenschaften bestimmten, unrichtig, falsch und den wirklichen Verhältnissen nicht

entsprechend, mithin der Befund und das Gutachten der Sachverständigen unrichtig seien. — Das Gericht erster Instanz hat die Klage in der Erwägung abgewiesen, daß die im Sinne des §. 9 lit. c des citirten Gesetzes vom 14. September 1854, Nr. 238, vollzogene gerichtliche Schätzung als ein gerichtlicher Act außer Streitsachen im Sinne des Patentes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, zu betrachten ist, welcher von der Partei nur mit den in §§. 9—18 dieses Patentes bezeichneten Rechtsmitteln angefochten werden durfte und speciell den Proceß ausschloß (§. 18), mithin, da die Südbahngesellschaft den einzig zulässigen Weg nicht betreten hat, rechtskräftig und unanfechtbar geworden ist, woraus sich die Unstatthaftigkeit des Klageanspruches, sowohl des Haupt- wie des Eventualbegehrens ergibt, und daß für die Zulässigkeit des letzteren Petits überdies auch die rechtliche Voraussetzung: ein auf entgeltlichem Vertrag beruhendes obligatorisches Verhältniß der Parteien mangelt. — Das O. L. G. hat die vorerwähnten Beweise der Klägerin zugelassen und zur Begründung seines Interlocutes Folgendes angeführt: Die Vorschriften in den §§. 9—18 des Patentes vom 9. August 1854, Nr. 208, sind hier nicht anwendbar, wo es sich nicht um eine freiwillige Schätzung im Sinne des 6. Hauptstückes des citirten Patentes, sondern um eine zwangsweise Schätzung handelte, welche gemäß §. 9 lit. c des Gesetzes v. 14. Sept. 1854, Nr. 238, von der Bahngesellschaft bei der Realinstanz erwirkt und nach den Vorschriften der Gerichtsordnung (die nach §. 272 des Pat. v. 9. August 1854, Nr. 208, für freiwillige Schätzungen nur so weit gelten, als dort keine Ausnahme statuirt ist) vorgenommen werden mußte. Die angefochtene Schätzung ist vielmehr eine gerichtliche Schätzung, die wegen der im §. 9 lit. c des Eisenbahnconcessions-Gesetzes vorausgesetzten Dringlichkeit der Sache auf dem Wege gerichtlicher Verordnung im Sinne der §§. 259 und 260 westgal. G. O. stattzufinden hatte und stattfand. Es fragt sich nun, wann und mit welchem Rechtsmittel eine solche zu Expropriationszwecken vollzogene Schätzung angefochten werden kann. Nach dem §. 9 lit. c des Eisenbahnconcessions-Gesetzes bleibt, wenn bei der Schätzung nicht alle Vorschriften über den gerichtlichen Befund beobachtet worden sind, dem Eigenthümer, der auf eine größere Entschädigung Anspruch zu haben glaubt, in dieser Beziehung der Rechtsweg vorbehalten. Dieser Weg muß aber in dem Falle des §. 9 lit. c auch der Bahnunternehmung zugestanden werden, weil aus dem §. 9 lit. c nicht zu entnehmen ist, daß nur dem Expropriirten der Rechtsweg gegen die Schätzung offen stehe, und weil in einem gegenseitigen Verhältniß, wo es sich um Leistung und Gegenleistung handelt, es unzulässig wäre, nur dem Einen Theil die Beschwerde gegen die Schätzung einzuräumen und dieselbe für den anderen Theil als unanfechtbar zu erklären. Als der hiemit beiden Parteien vorbehaltene Rechtsweg zeigt sich der Weg des Recurses gegen die Schätzung in den Fällen, wo dieselbe aus

Gründen angefochten werden soll, über die (z. B. äußere Mängel, wesentliche Formgebrechen) ohne vorgängige Anhörung des Gegentheiles sofort entschieden werden kann, und wo dies nicht thunlich ist, der Weg der Klage auf Nichtigkeit der Schätzung. Der Zulässigkeit dieses letzteren Rechtsmittels steht die gesetzliche Ausschließung der Ueberschau und Ueberschätzung (§§. 272 und 273 westgal. G. O.) nicht entgegen, weil dieses Verbot nur sagen will, daß, so lange ein Befund, eine Schätzung nicht ungiltig erklärt ist, über den nämlichen Gegenstand kein zweiter Befund, keine zweite Schätzung stattfinden soll, und weil die durch rechtskräftiges Urtheil für ungiltig erklärte Schätzung einer Sache eben nicht mehr existirt, daher die zweite Schätzung auch nicht als eine Ueberschätzung erscheint. Die Ansicht, daß nach verstrichener Frist des Recurses gegen die Schätzung äußere Mängel der letzteren nicht mehr eingewendet werden können, mag gerechtfertigt sein, nicht aber die Meinung, daß hiemit die Anfechtung auch wegen innerer Gebrechen abgeschnitten sei. Es fragt sich also, ob und welche Gebrechen dieser Art hier vorliegen. Nach §. 9 lit. c des Eisenbahnconcessions-Gesetzes kommt durch die Expropriation einerseits und die Zahlung oder Hinterlegung des Schätzungswerthes andererseits ein entgeltliches Geschäft, ein Kauf zu Stande, welcher zwar erzwungen, allein deshalb nicht ungiltig ist, weil nicht jeder Zwang, in keinem Falle ein gesetzlicher Zwang den Vertrag infirmirt. Daraus ergibt sich, daß Ursachen, welche die Nullität eines Vertrages bedingen, beispielsweise dolus, wesentlicher Irrthum, auch die Nichtigkeit der in einem Expropriationsfalle aufgenommenen Schätzung nach sich ziehen können; und aus dem Umstande, daß die Schätzleute im Falle einer vom Richter angeordneten Schätzung ein gerichtliches Mandat ausführen, ergibt sich die Folge, daß auch eine Ueberschreitung der Grenzen der Vollmacht, persönliche Unfähigkeit oder Unredlichkeit der Schätzleute u. s. w. die Nullität der Schätzung begründen können. Kann etwa von einer gehörig vorgenommenen (§. 273 westgal. G. O.) Schätzung gesprochen werden, wenn die Schätzleute, vom Richter mit der Bestimmung des ordentlichen Werthes einer Sache betraut, ihrem Ausspruch einen Affectionswerth zu Grunde legten? Da nun die Klägerin angeführt hat, daß bei der Vornahme der angefochtenen Schätzung die wesentlichen Vorschriften des Gesetzes außer Acht gelassen, unrichtige Voraussetzungen und Daten derselben zu Grunde gelegt wurden, und daß den Sachverständigen Unfähigkeit und Bedenklichkeit zur Last fallen und diese Gebrechen, nach dem Gesagten, sie zur Anfechtungsklage berechtigen, so mußten die hiefür angebotenen Beweise zugelassen werden.

Vom obersten Gerichtshofe wurde das erstgerichtliche Urtheil bestätigt. Gründe: Das Hauptgewicht bei der Entscheidung des gegenwärtigen Processes ist wohl darauf zu legen, daß bei der Aufnahme der Schätzung der Vertreter der Klägerin einen Einspruch

gegen die Befähigung und die Unbedenklichkeit der Sachverständigen nicht erhoben und namentlich nicht den „Vorbehalt einer weiteren rechtlichen Erörterung" (Vorbehalt des Rechtsweges, wie ihn der §. 18 des Patentes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, voraussetzt) gemacht hat. Bei dem Mangel dieses Vorbehaltes erscheint nach dem citirten §. 18 der Rechtsweg zur Bestreitung der Schätzung als ausgeschlossen, indem insbesondere die im 2. Alinea jenes Paragraphen erwähnten Ausnahmsfälle hier nicht eintreten, da die Bahngesellschaft bei der Verhandlung durch einen Bevollmächtigten eingeschritten ist und das Gesetz ihr keineswegs ein eigenes Klagerecht gewährt. In letzterer Beziehung ist für den vorliegenden Fall der §. 9 lit. c des Eisenbahnconcessions-Gesetzes maßgebend, welcher nur dem Eigenthümer, der auf eine höhere Entschädigung Anspruch zu haben glaubt, den Rechtsweg vorbehält. Will man aber die Schätzung als eine nach den Normen der §§. 260 ff. und 273 westgal. G. O. vorgenommene ansehen, so stellt sich auch unter dieser Voraussetzung die Anfechtung derselben im Rechtswege als unzulässig dar, weil damit jedenfalls die Anordnung einer neuen Schätzung angestrebt wird, welche als eine nach §§. 272 und 273 westg. G. O. unstatthafte Ueberschau oder Ueberschätzung sich darstellen würde. Mag man also die Schätzung als nach den Bestimmungen über das Verfahren außer Streitsachen oder nach jenen über das Verfahren in Streitsachen vorgenommen betrachten, immer kommt man zum Schluß, daß dieselbe, nachdem die Klägerin, resp. ihr Bevollmächtigter jedes nach dem Gesetze ihm zugestandenen Einflusses auf die Ernennung der Experten sich enthalten und gegen die Annahme des Schätzungsactes von Seite des Gerichtes den Recurs nicht ergriffen hat, in Rechtskraft getreten ist und nicht mehr mittelst Klage angefochten werden kann.

## Nr. 4375.

### Störung im Besitz des Rechts zur Durchfahrt durch Errichtung eines Thores?

**Entsch. v. 21. Dec. 1871, Nr. 12589 (Best. des Decr. des B. G. Umgebung Lemberg v. 5. Februar 1871, Nr. 8445, Abänd. des Decr. des O. L. G. Lemberg v. 2. Mai 1871, Nr. 10328). G. H. 1872, S. 313.**

A ist in dem Besitze des Rechtes der Benützung der Liegenschaft seines Nachbarn B zur Durchfahrt nach seinem eigenen Gute und belangte den Letzteren in possessorio summariissimo, weil B ein Thor errichten ließ, durch welches A in seinem Besitze gestört zu sein behauptete. — Dem in erster Instanz abgewiesenen Klagebegehren hat das O. L. G. aus folgenden Gründen stattgegeben: Das neue

Thor ist so eingerichtet, daß es, wenn geschlossen, nur geöffnet werden kann, wenn der Außenstehende sich auf das Thor hinaufschwingt, sich zur halben Höhe desselben herabbeugt und dann den Querbalken an der Innenseite losmacht, — ein Verfahren, das entschieden nicht für Jedermann ausführbar, sogar, besonders zur Winterszeit, mit Gefahr für die körperliche Sicherheit verbunden ist, daher Niemandem zugemuthet werden kann. In der Errichtung dieses Thores liegt daher eine Behinderung des A in der Ausübung seines Besitzes.

In Erwägung, daß zu dem Besitze einer Grundwirthschaft auch der Besitz des Rechtes (auf Seite des B) gehört, die Wohn- und Wirthschaftsgebäude gegen das Eindringen Unberufener zu verwahren; daß das errichtete Thor dem Kläger wie dem Beklagten zu Gute kommt und ihn ebensowenig als den Letzteren in der Durchfahrt behindert, zumal es keines Schlüssels bedarf, um dasselbe zu öffnen; daß der Kläger nicht behauptet hat, daß der Beklagte ihn in der Durchfahrt durch dieses Thor behindern wollte; daß mithin in der Errichtung des Thores eine Störung seines Besitzes nicht erblickt werden kann, hat der oberste Gerichtshof die erstgerichtliche Entscheidung bestätigt.

---

## Nr. 4376.

### Eigenmächtiger Austausch von Grundstücken durch einen Vormund: Verpflichtung desselben zur Rechnungslegung über die bis zur Restitution bezogenen Früchte.

**Entsch. v. 28. Dec. 1871, Nr. 2259 (Best. des Urth. des B. G. Krzeszowice v. 31. Dec. 1869, Nr. 4081, Abänd. des Urth. des O. L. G. Krakau vom 22. Nov. 1870, Nr. 5430). G. H. 1872, S. 110.**

Bevor der von B mit M verabredete Umtausch ihrer Liegenschaften geschehen war, starb M, und B, zum Vormund der minderjährigen Kinder des M ernannt, benützte seine Stellung, um den Austausch zu vollziehen. Nach erreichter Großjährigkeit erlangten aber die Kinder des M auf dem Rechtswege den Besitz der väterlichen Realität und forderten nun von B mittelst Klage die Ablage der Rechnung über die von ihm bezogenen Früchte. — Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Begehren, weil B die Liegenschaft des M ohne rechtlichen Titel in Besitz genommen und deren Früchte durch mehrere Jahre bezogen habe, daher sowohl als — gewesener — Vormund der Kläger, wie als ihr Geschäftsführer ohne Auftrag zur Ablage der Rechnung über das verwaltete Gut verpflichtet sei (§§. 238 und 1039 a. b. G. B.) — Das O. L. G. erkannte auf Lossprechung des B aus folgenden Gründen: Die Kläger haben nicht bewiesen, daß die Realität des M dem B zur Verwaltung übergeben wurde; da nun nach §. 238

a. b. G. B. der gerichtlich bestellte Vormund nur über das ihm vom Gerichte zur Verwaltung gegebene Waisenvermögen Rechnung zu legen schuldig ist, so entbehrt die Klage das rechtliche Fundament. Der Umstand, daß B die Realität seit dem Tode des M besessen und bis zu seiner Besitzentsetzung die Früchte davon bezogen hat, berechtigt nicht die Kläger, die Rechnungsablage zu fordern, weil B das Gut nicht für dritte Personen verwaltete, sondern auf Grund seines vermeintlichen Eigenthumes im eigenen Namen inne hatte. Wie weit aber B nach der schon erfolgten Besitzentsetzung auch zur Herausgabe der bezogenen Früchte angehalten werden könne, muß auf besonderem Rechtswege entschieden werden, weil aus dem Titel der geführten Verwaltung eines Waisenvermögens der bestellte Vormund nach dem a. b. G. B. die Rechnung von amtswegen und nicht erst in Folge richterlichen Spruches zu legen hat.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil mit Bezugnahme auf die Gründe desselben.

---

## Nr. 4377.

### Expropriation: Rechtliche Wirkung der gerichtlichen Hinterlegung des Schätzungswerthes; unbedingte Ausfolgung des Depositum an den Expropriirten.

Entsch. v. 28. Dec. 1871, Nr. 15181 (Best. des das Decr. des B. G. Welsberg v. 21. August 1871, Nr. 2352, abänd. Decr. des O. L. G. Innsbruck v. 24. Oct. 1871, Nr. 4112). G. Z. 1872, Nr. 33.

Nachdem von der k. k. priv. Südbahngesellschaft im Sinne des §. 9 lit. c des Eisenbahnconcessionsgesetzes v. 14. September 1854, R. G. Bl. Nr. 238, der für den expropriirten A durch gerichtliche Schätzung ermittelte Entschädigungsbetrag bei Gericht deponirt worden war, weil A, eine höhere Summe in Anspruch nehmend, sich geweigert hatte, jenen Betrag als definitive Entschädigung anzunehmen, überreichte der Letztere ein Gesuch, worin er die Deposition als ungerechtfertigt bezeichnete und dagegen Verwahrung einlegte, weil er niemals erklärt hätte, den Einlösungsbetrag nicht anzunehmen, und die Ausfolgung des Depositums als Abschlagszahlung auf Kosten der Bahngesellschaft begehrte. In der hierüber stattgefundenen Verhandlung protestirte die Gesellschaft gegen die Erfolglassung als à Conto-Zahlung und in Folge dieser Einsprache wurde vom Gerichte erster Instanz das Gesuch des A abgewiesen. — In Erwägung, daß die gerichtliche Hinterlegung des Schätzungsbetrages nach §. 9 lit. c des citirten Gesetzes wegen verweigerter Annahme der Zahlung erfolgte; daß die Fragen: ob die gerichtliche Hinterlegung als eine rechtmäßige, den Schuldner von seiner Verbindlichkeit gegen den Gläubiger befreiende

zu betrachten und ob der letztere einen größeren Betrag zu fordern berechtigt sei, im ordentlichen Rechtswege auszutragen sind; daß es in dieser Hinsicht vollkommen gleichgiltig ist, ob A die mit der gerichtlichen Deposition beabsichtigte Zahlung als Voll- und als Theilzahlung ansehen will, weil seine Anschauung an dem Rechte der Gegenpartei nichts zu ändern vermag; daß aber die letztere nicht berechtigt ist, die Ausfolgung des Depositums an den Verzicht des A auf alle weiteren Ansprüche als Bedingung zu knüpfen, indem ihr nur bevorsteht, wenn solche Ansprüche erhoben werden, die ihr dagegen zukommenden Einwendungen vorzubringen; daß der gerichtliche Bescheid, womit das Depositum angenommen und die Verwahrung auf Kosten des A angeordnet wurde, schon längst in Rechtskraft getreten ist; daß die Bahngesellschaft nur gegen die Ausfolgung als Theilzahlung Einsprache erhob, es aber gar nicht Sache des Gerichtes ist, dermalen hierüber eine Entscheidung zu treffen, welche dem ordentlichen Rechtswege vorbehalten bleibt — hat das O. L. G. die Ausfolgung des Depositums an A auf dessen Kosten mit dem Vorbehalte der beiden Theilen zustehenden, auf dem Proceßwege auszutragenden Rechte bezüglich der Wirkung der Hinterlegung und der Ausfolgung bewilligt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Decret des Oberlandesgerichtes mit Bezugnahme auf die vorstehende Begründung.

---

## Nr. 4378.

### Unzuständigkeit der Realinstanz für Klagen auf Ersatz eines durch den Bau einer Eisenbahn verursachten Schadens.

**Entsch. v. 28. Dec. 1871, Nr. 15183 (Best. des das Urth. des B. G. Kastelruth v. 28. Oct. 1871, Nr. 3452, aufheb. Urth. des O. L. G. Innsbruck vom 14. Nov. 1871, Nr. 4600). G. Z. 1871, Nr. 47.**

A hat in seiner Klage gegen die Südbahngesellschaft als Unternehmerin des Baues der Brennerbahn angeführt: Bei dem Bahnbau im Eisakthal sei der Lauf des Schlernbaches und der Eisak verändert und nur in Folge dessen im Herbst 1868 ein Theil seines Grundbesitzes von dem Hochwasser überfluthet und verschüttet worden. Da somit der Schade lediglich durch die Bauführung entstand, so sei nach §. 10 lit. b des Eisenbahnconcessionsgesetzes vom 14. September 1854, R. G. Bl. Nr. 238, die Südbahngesellschaft ihm für die Störung des Besitzes verantwortlich und zum Schadenersatze verpflichtet. Mit Berufung auf die a. h. Entschließung vom 26. Juni 1864 (Oberlandesgerichtscirculare vom 9. Mai 1865, Nr. 1340), wonach derartige Ersatzansprüche zur Competenz der Gerichte gehören, belange er die Südbahngesellschaft beim Bezirksgerichte Kastelruth, als forum rei sitae nach §§. 45 und 52 J. N., mit der Bitte zu

erkennen, daß die Beklagte durch die Veränderung des Laufes der oben genannten Gewässer ihn im Besitz seiner Liegenschaft Cat. Nr. 1260 gestört habe und schuldig sei, ihm für Schaden und entbehrten Nutzen 1230 fl. zu zahlen und gegen künftige Beschädigung mit dem durch Experten festzustellenden Betrag Sicherheit zu leisten. Dagegen wurde von der Beklagten die Incompetenzeinrede vorgebracht und in folgender Weise ausgeführt: Den Gerichtsstand des §. 45 J. N. begründe nur die directe Feldbeschädigung durch Menschen oder Thiere; allein weder die Organe der Bahngesellschaft noch die Arbeiter und Thiere der Bauunternehmung hätten die Grundstücke des Klägers berührt. Die Klage sei eine gewöhnliche Schadenersatzklage gegen die Bahngesellschaft, weil sie an dem durch Hochwasser erlittenen Schaden Schuld haben soll; darauf sei die Zuständigkeit des besonderen Gerichts für Feldbeschädigungen nicht auszudehnen. Eben so wenig habe die Klage ein dingliches Recht an einer Liegenschaft — §. 52 J. N. — zum Gegenstand, weil der Besitz der darin bezeichneten Grundstücke des Klägers nicht bestritten, noch ein Begehren auf Anerkennung des klägerischen Besitzes an denselben gestellt ist. Das Forum der Südbahngesellschaft als Beklagte sei in Wien, wo ihre Firma im Register des Handelsgerichts eingetragen ist, mit amtlicher Publication des Eintrags durch das Amtsblatt der Wiener Zeitung, und wo sie nach Art. 4 ihrer Statuten den Sitz für alle Angelegenheiten der Bahnen auf österr. Gebiet hat. — Die Einrede der Beklagten wurde in erster Instanz aus den nachstehenden Gründen abgewiesen: Da der Kläger darthun will, daß der Schade durch die Bauten der beklagten Gesellschaft, also durch Menschenhände verursacht wurde, so ist nach §. 45 J. N. das von ihm angerufene Gericht als Realinstanz des beschädigten Objects der competente Gerichtsstand, welchem gegenüber die Gesellschaft weder ihr persönliches Forum, von dem das Gesetz im §. 45 eben eine Ausnahme statuirt, noch als im Handelsregister eingetragene Firma die Handelsgerichtsbarkeit in Anspruch nehmen kann, weil die Zufügung eines Schadens kein Handelsgeschäft ist, noch zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehört. — Das Oberlandesgericht hingegen hat der Incompetenzeinrede in der Erwägung stattgegeben, daß zugestandenermaßen der persönliche Gerichtsstand der Beklagten in Wien ist, §§. 13 und 26 J. N., Art. 213 H. G. B.; daß, wenn man auch die in der Klage angeführten Beschädigungen an einem Wagenschoppen, einem Krautgarten, einer Kalkgrube, Wiese und Wasserleitung als Feldbeschädigungen im Sinne des §. 45 J. N. ansehen wollte, von der Anwendung des besonderen Gerichtsstandes dieses Paragraphen auf den vorliegenden Fall deshalb keine Rede sein kann, weil zugegebenermaßen der Schade durch ein Elementarereigniß herbeigeführt wurde und selbst, wenn die Behauptung des Klägers, daß die von der Beklagten gemachten Bauanlagen die entfernte Veranlassung des

Schadens oder seiner größeren Ausdehnung seien, richtig wäre, doch bei dieser Art des Verschuldens von einer Beschädigung durch Menschen nicht gesprochen werden könnte, da der §. 45 J. N. bei der Statuirung des speciellen forum delicti für Feldbeschädigung offenbar eine unerlaubte Handlung oder Unterlassung, also einen viel engeren Causalnexus im Auge hat, als bei dem behaupteten Verschulden der Fall wäre; daß es sich hier aber auch nicht um eine dingliche Klage im Sinne des §. 52 J. N. handelt, weil nach dem Inhalt der Klage nicht eine Besitzstörung den Gegenstand derselben bildet, da nirgends behauptet wird, daß die Beklagte Besitzhandlungen an dem Grundeigenthum des Klägers vorgenommen und ihn dadurch beschädigt habe, die Besitzklage aber an die Voraussetzung der Störung des Besitzes geknüpft ist, welche nur durch unbefugte Besitzhandlungen eines Dritten geschehen kann; daß es auch nicht angeht, eine reine Entschädigungsklage, wie die vorliegende, durch eine angebrachte Formel in eine dingliche zu verwandeln, weil die Proceßgesetze die Gattung des Klagerechts nicht von einer bestimmten Formel, sondern von dessen Natur abhängig erklären.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung aus den Gründen derselben.

---

## Nr. 4379.

### Besitzstörung des Bediensteten durch den Dienstherrn?

Entsch. v. 28. Dec. 1871, Nr. 15214 (Best. des das Decr. des B. G. Unhoscht v. 30. August 1871, Nr. 8337, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 6. Nov. 1871, Nr. 33391). G. H. 1872, S. 31.

Die in possessorio summariissimo angestellte Klage des A, Kellner bei dem Beklagten B, war darauf gegründet, daß B, nachdem A bereits 5 Jahre lang bei ihm als Faßkellner gedient hatte, als welcher er 1 fl. für jedes ausgeschenkte Faß Bier bezog, ihm auf einmal den Keller abgesperrt und den Schlüssel zu sich genommen hat. Ueber diese Klage wurde in der That das Verfahren in possessorio summariissimo eingeleitet und das Gericht erster Instanz entschied nach dem Klagebegehren.

Von dem obersten Gerichtshofe wurde das die Klage abweisende Erkenntniß der zweiten Instanz bestätigt, weil A, indem er zufolge seines Lohnverhältnisses zu B die ihm zur Ausübung seiner Dienstpflicht in dem Gasthause des Letztern angewiesenen Localitäten — Keller und Gewölbe — gebrauchte, nach §. 309 a. b. G. B. wohl die Innhabung, allein nicht den Besitz derselben hatte, mithin das obenerwähnte Vorgehen des B nicht eine widerrechtliche Störung seines Besitzes (§. 339 a. b. G. B.) war.

---

## Nr. 4380.

### Unzulässigkeit des directen Kostenzuspruchs an den nur als Vormund Belangten.

**Entsch. v. 28. Dec. 1871, Nr. 15265 (theilweise Aufheb. des das Urth. des B. G. Königinhof v. 25. April 1871, Nr. 2933, aufheb. Decr. des O. L. G. Prag v. 24. Oct. 1871, Nr. 31868). G. H. 1872, S. 55.**

Das erstgerichtliche Urtheil, welches die Klage des A gegen die minderjährige B und C als Erben des M pto. 264 fl. abwies und dem Kläger den Ersatz der Proceßkosten an die Beklagten auferlegte, wurde von dem O. L. G. unter Verfällung das A zum Ersatz der dem D, Mitvormund der Beklagten, verursachten Kosten aufgehoben, weil die Klage gegen D als „Vormund" der Beklagten gerichtet und mit ihm der Streit durchgeführt wurde, obschon er nur Mitvormund, und vielmehr die Mutter der Beklagten ihre Vormünderin ist; weil dieser Umstand von D gleich bei der ersten Tagfahrt nachgewiesen wurde und der Kläger dem D die Proceßkosten dadurch verursachte, daß er trotzdem ihn zwang, den anhängig gewordenen Streit durchzuführen.

Der oberste Gerichtshof beseitigte die obergerichtliche Verfällung des A in den Kostenersatz an D. Gründe: Nach §. 398 a. G. O. dürfen die Proceßkosten nur dem obsiegenden Gegner zugesprochen werden. Die Proceßgegner des A waren aber B und C D wurde nur als ihr Vormund bezeichnet. Indem nun das O. L. G. den Ersatz der Proceßkosten an den Letzteren auferlegte, verstieß es nicht nur gegen die citirte Vorschrift der G. O., sondern auch gegen das Begehren der Partei, welches im Proceß auf den Ersatz der Kosten an die Beklagten gerichtet war, — und D ist um so minder berechtigt einen Kostenersatz für sich anzusprechen, als er die gegen ihn als „Vormund" gerichtete Klage nicht zurückgestellt noch gegen den Klagebescheid recurrirt hat.

# Nachtrag.

## Nr. 4381.

### Immobilarexecution: Verfassung des Entwurfes zur Vertheilung des Meistgebotes von amtswegen.

**Entsch. v. 24. August 1859, Nr. 9084 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Triest v. 22. März 1859, Nr. 7377 und des O. L. G. Triest v. 27. Mai 1859, Nr. 1652). G. Z. 1873, Nr. 73.**

Nachdem in der Execution der Finanzprocuratur für das Aerar wider B bei der Feilbietung die gepfändeten Liegenschaften des Schuldners veräußert worden waren und der Ersteher C mit dem Erlage des Meistgebotes den Bedingungen entsprochen hatte, forderte das Executionsgericht die Finanzprocuratur auf, den Vertheilungsentwurf zu überreichen. Die Finanzprocuratur hingegen stellte das Begehren, daß eine Tagsatzung zur Vernehmung der Interessenten anberaumt und daß von amtswegen die Vertheilung verfaßt werde. Dieses Gesuch wurde abgewiesen, weil das Hofdcr. v. 19. Nov. 1839, J. G. S. Nr. 388 (Executionsordnung für Immobilien), blos für Tirol und Vorarlberg erlassen worden sei und auf die galizische und italienische G. O., welche für Triest nicht Geltung haben, sich beziehe, und nach der steten Gerichtspraxis dem Executionsführer die Vorlage des dann vom Gerichte zu genehmigenden Vertheilungsentwurfes obliege. — Das O. L. G. bestätigte den erstrichterlichen Bescheid in Erwägung, daß, wenn das für Tirol und Vorarlberg erlassene Hofdcr. v. 19. Nov. 1839, Nr. 388 dem Richter auferlegt, den Vertheilungsentwurf von amtswegen zu verfassen, andererseits für das Küstenland kein Gesetz besteht, welches die Abforderung eines Vertheilungsentwurfes vom Executionsführer verbieten würde; daß dieser von den hierländigen Gerichten beobachtete und den in dieser Provinz herrschenden Gesetzen nicht entgegenstehende Grundsatz zur schleunigen Beendigung des Executionsverfahrens viel beiträgt, indem dadurch dem Richter eine Grundlage für die weiter zu erlassenden Verfügungen und für die Vertheilung gewährt, sowie viele und verwickelte Streitigkeiten vermieden werden.

Der oberste Gerichtshof hat jedoch der ersten Instanz aufgetragen, über das obenerwähnte Gesuch der Finanzprocuratur zu dem darin angeführten Zwecke unter Vorladung aller Interessenten eine Tagsatzung anzuordnen und dann dem Rechte gemäß zu entscheiden,

und zwar: in Erwägung, daß schon das Hofdcr. v. 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 621 lit. s den Richter beauftragt, nach vorausgegangener Vorrechtsverhandlung dem Ersteher jene Forderungen namhaft zu machen, die er aus dem Meistgebote zu bezahlen hat; daß das in der allgemeinen Justizgesetzsammlung enthaltene, an das tirolisch-vorarlbergische Appellationsgericht erlassene Hofdcr. v. 19. November 1839, Nr. 388, welches jedoch im Sinne der Hofdcr. v. 29. December 1785, Nr. 509 und vom 20. November 1818, Nr. 1519 der J. G. S. in zweifelhaften Fällen auch für andere Provinzen als Norm zu dienen hat, ausdrücklich vorschreiben, daß der Richter bei der Meistgebotsvertheilung eine Tagsatzung zur Austragung der Liquidität und Priorität der Forderungen anzuordnen und dann die Meistgebotsvertheilung selbst zu erlassen hat; daß kein Gesetz besteht, welches den Executen die Ueberreichung des bezüglichen Vertheilungsentwurfes aufträgt und daß also ein solcher Auftrag von Seite des Richters als gesetzwidrig erscheint.

---

## Nr. 4382.

### Geltendmachung der sachlichen Haftung des ganzen Nachlasses für die Veränderungsgebühr nach Abtretung und Einantwortung eines Theiles desselben an einen Dritten.

**Entsch. v. 31. Jänner 1866, Nr. 568 (Best. des Decr. des L. G. Wien v. 25. Juli 1865, Nr. 48293, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 19. Sept. 1865, Nr. 15946). Jur. Bl. 1873, Nr. 26.**

Nachdem zur Verlassenschaft des M dessen Witwe N aus dem Testament und seine in Frankreich wohnhaften drei Nichten B aus dem Gesetze sich erbserklärt hatten, kam zwischen ihnen ein Vergleich zu Stande, in welchem die N ihre Erbserklärung ex testamento, mit dem Vorbehalte der Erbserklärung ex lege zu $1/4$ des Nachlasses, zurückzog und die Nichten B die ihnen zukommenden $3/4$ desselben der N gegen 300000 Frcs. abtraten, wovon 100000 Frcs. baar gezahlt und 200000 Frcs. auf den Nachlaßrealitäten intabulirt wurden. In Folge dessen ergingen die Gebührenzahlungsaufträge 1 und 2; der erstere lautete auf 1741 fl. für den erblichen Uebergang von $1/4$ des Nachlasses auf die N, der letztere auf 2098 fl. für die Uebertragung der anderen $3/4$ von den Nichten B auf die N. Nach ausgewiesener Zahlung dieser Gebühren und dem inzwischen eingetretenen Tode der N wurde die Verlassenschaft des M dem Nachlasse der N eingeantwortet und das Eigenthum der letzteren an den Verlassenschaftsimmobilien intabulirt. Für das Centraltaxamt handelte es sich aber auch um die Gebühr für den erblichen Uebergang der $3/4$ des M'schen Nachlasses auf dessen Nichten B und um diese mit 12453 fl.

vorgeschriebene Gebühr hereinzubringen, erließ das Centraltaxamt an die Verlassenschaft der N zu Händen des Dr. C, Abhandlungspfleger nach M, den Zahlungsauftrag 3, worin bei dem Umstande, daß die persönlich verpflichteten Erbinnen B im Auslande wohnen, die sachliche Haftung nach §. 72 des Gesetzes vom 9. Februar 1850, R. G. Bl. Nr. 50, geltend gemacht und darauf hingewiesen wurde, daß die Verlassenschaft der N jene $^3/_4$ des M'schen Nachlasses besitzt. Da dieser Zahlungsauftrag unerfüllt blieb, wurde auf Einschreiten der Finanzprocuratur (Hofdcr. v. 18. Sept. 1786, J. G. S. Nr. 577) von dem Gerichte erster Instanz zur Sicherstellung der Gebühr die Pränotation auf den aus der M'schen Verlassenschaft herrührenden Liegenschaften des Nachlasses der N bewilligt. Das Oberlandesgericht hob die Pränotationsbewilligung auf, weil der Nachlaß des M der N, resp. ihrer Verlassenschaft nach erfolgter Berichtigung der für sie vorgeschriebenen Gebühr längst eingeantwortet worden ist und die Correalverbindlichkeit der N zur Zahlung der für die Nichten B vorgeschriebenen Gebühr von 12453 fl. nach §. 68 des citirten Gesetzes v. 9. Februar 1850, Nr. 50, und dem §. 550 a. b. G. B. nur bis zur Einantwortung des M'schen Nachlasses bestanden hat.

Die Entscheidung des obersten Gerichtshofes, welcher die erstgerichtliche Verordnung bestätigte, beruhet im Wesentlichen auf folgenden Erwägungen: Die Gebühr für Vermögensübertragungen, insbesondere für Erbschaften und Vermächtnisse, haftet nach dem §. 72 des Gesetzes v. 9. Februar 1850, Nr. 50, an der den Gegenstand der Uebertragung bildenden Sache, mithin die Erbschaftsübertragungsgebühr an dem Nachlasse, aus dem die Uebertragung stattfindet, und zwar nicht blos an den übertragenen Vermögenstheilen, sondern an dem ganzen Nachlasse, der eben als Ganzes die Sache bildet, die im Erbgange auf die Erben nach Maßgabe ihrer Erbsansprüche übertragen wird. Die Vermögensobjecte, worauf — in erster Instanz — die Pränotation erwirkt ward, sind aber Bestandtheile des Nachlasses des M, daher ungeachtet der Einantwortung an die Verlassenschaft der N noch immer als für die fragliche Uebertragungsgebühr haftend anzusehen. Die angezogene Bestimmung des §. 68 des Gesetzes vom 9. Februar 1850, Nr. 50, kann hier nicht angewendet werden, weil nicht der Fall der gemeinschaftlichen Erwerbung einer und derselben Sache durch mehrere Personen und nicht die Frage, wiefern dieselben für die Gebühr haften müssen, vorliegt, sondern es sich um die „sachliche" Haftung und nur darum handelt, ob für die von den drei Nichten zu zahlende Gebühr das wenn auch nachher durch Vergleich und Einantwortung auf die Verlassenschaft der N übergegangene Vermögen als solches in Haftung gezogen werden kann.

## Nr. 4383.

## Umfang des Prüfungsrechtes des Tabularrichters gegenüber von Gebühren-Zahlungsaufträgen.

**Entsch. v. 11. April 1866, Nr. 3030 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 10. Nov. 1865, Nr. 73875 und des O. L. G. Wien vom 28. Dec. 1865, Nr. 22494). Jur. Bl. 1873, Nr. 26.**

Noch während der Verhandlung, die mit der voraufgeführten oberstgerichtlichen Entscheidung (Nr. 4382 der Samml.) erledigt wurde, erließ das Centraltaxamt an die Verlassenschaft der N den ihren Erben zugestellten Zahlungsauftrag 4 lautend auf dieselbe 12453 fl. betragende Gebühr für die erbsweise Uebertragung der $^3/_4$ des M'schen Nachlasses auf dessen Nichten. Auf Grund dieser Auflage, in welcher nicht mehr von einer nur „sachlichen" Haftung die Rede war, sondern die Verlassenschaft der N „persönlich" und „sachlich" zur ungetheilten Hand als haftend erklärt wurde, und des von der Finanz-Landesdirection ausgefertigten Requisitoriums begehrte und erwirkte die Finanzprocuratur die Pfandrechtspränotation für diese Gebühr auf Liegenschaften, welche noch vor dem Tode des M Eigenthum der N gewesen. — Diese Verordnung, die auch den Beisatz enthielt, daß nach dem Hofdcr. v. 18. Sept. 1786, Nr. 577 und 24. October 1806, Nr. 789 J. G. S. und nach Verordn. v. 13. Dec. 1852, R. G. Bl. Nr. 256, die bewilligte Pränotation der Rechtfertigung nicht bedarf, wurde von dem O. L. G. bestätigt, weil das Requisitorium der Finanz-Landesdirection sich ausdrücklich auf den Zahlungsauftrag 4 beruft und die Frage nach dem Rechtsbestande dieses Zahlungsauftrages kein Gegenstand richterlicher Beurtheilung und Entscheidung sein könnte.

In Erwägung, daß die nachgesuchte Pränotation nach den oben citirten Gesetzen zu bewilligen war und daß mit der Zahlungsauflage 4 die Berichtigung der Gebühr der Verlassenschaft der N als „persönlich" und „sachlich" haftend, auf Grund der §§. 68, 2 und 73 des Gesetzes v. 9. Februar 1850, Nr. 50, aufgetragen wurde, die Gesetzmäßigkeit dieses Auftrages aber kein Gegenstand der Entscheidung des Tabularrichters ist, hat der oberste Gerichtshof den a. o. Recurs gegen die untergerichtlichen Decrete abgewiesen.

---

## Nr. 4384.

## Verpflichtung der Erben eines Sequesters zur Rechnungslegung.

**Entsch. v. 11. Juli 1866, Nr. 12998 (Best. des das Urth. des L. G. Wien v. 23. Juni 1865, Nr. 32944, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 3. Jänner 1866, Nr. 19028). G. Z. 1873, S. 103.**

B war zum Sequester der Liegenschaften des A vom Gerichte bestellt worden. Er starb, ohne eine Sequestrationsrechnung gelegt zu

haben. Ueber das Vermögen des A wurde später der Concurs eröffnet, und nun belangte der Concursmasseverwalter die Erben des B auf Legung der Sequestrationsrechnung. Dagegen wurde eingewendet, daß das Amt des Sequesters von dessen Person nicht getrennt werden könne und die demselben daraus erwachsenen Rechte und Pflichten als höchst persönliche auf die Erben nicht übergehen, — daß überdies die Geklagten, mit der Geschäftsführung des A ganz unvertraut, vollends außer Stande seien, über dessen Gebahren Rechenschaft zu geben. — Dem Klagebegehren, welches in erster Instanz abgewiesen wurde, gab das O. L. G. aus folgenden Gründen statt: Wenn es auch richtig ist, daß der dem Sequester ertheilte gerichtliche Auftrag zur Verwaltung der sequestrirten Sache durch den Tod des Sequesters erlösche und daher von den Erben des Letzteren mit Ausnahme des im §. 1025 a. b. G. B. vorgesehenen Falles nicht weiter fortgesetzt werden dürfe, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß die während des aufrechten Bestandes der Sequestration aus derselben bereits entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten des Sequesters, als bereits zu seinem Vermögen gehörig, nach §. 531 a. b. G. B. allerdings auf seine Erben überzugehen haben. Hiezu ist aber insbesondere auch die mit jeder Verwaltung eines fremden Vermögens unzertrennlich verbundene Verpflichtung zur Rechnungslegung zu zählen, so daß also da, wo der Sequester diese seine wesentliche Verbindlichkeit während seiner Lebenszeit nicht erfüllt hat, oder deshalb, weil die Beendigung der ihm aufgetragenen Sequestrationsführung durch seinen Tod herbeigeführt wurde, nicht erfüllen konnte, die Erfüllung derselben nunmehr von dem nach §. 547 a. b. G. B. an seine Stelle tretenden Erben geleistet werden muß. Eine angebliche Unmöglichkeit der Leistung kann die Geklagten um so minder von der Erfüllung der ihnen obliegenden Verbindlichkeit befreien, als es nur ihre Sache sein wird, die hiezu nöthigen Behelfe aus dem Nachlasse des B sich zu verschaffen und ein allfälliger Abgang nur der von ihnen repräsentirten Verlassenschaft zur Last fallen könnte. Der Masseverwalter ist zur Klage legitimirt, er stellt den Executen vor, welch' letzterem ebenso wie dem Executionsführer nach §. 297 a. G. O. die Sequestrationsrechnung zu legen ist. Eine ausdrückliche Verzichtleistung auf das Recht, die Rechnungslegung zu verlangen, liegt nicht vor; der Verlust desselben durch die bloße Nichtausübung würde aber erst mit dem Ablaufe der gesetzlichen 30jährigen Verjährungszeit eintreten.

Der oberste Gerichtshof hat das obergerichtliche Urtheil aus dessen Gründen bestätigt.

## Nr. 4385.

### Voraussetzungen der Auferlegung des Manifestationseides.

**Entsch. v. 9. Jänner 1867, Nr. 11334 (Best. des das Urth. des B. G. Prag v. 14. Juli 1866, Nr. 13836, abänd. Urth. des O. L. G. Prag vom 17. Sept. 1866, Nr. 20902). G. Z. 1872, Nr. 12.**

Die Klage des Johann und Wenzel A, Erben ihres Vaters, gegen dessen Witwe B auf Ablegung des Offenbarungseides wurde in erster Instanz abgewiesen, weil das Gesetz zum Manifestationseide fordere, daß von einer Vermögensmasse wahrscheinlicher Weise einige Gegenstände abhanden gekommen sind und daß jene Person, welche den Eid leisten soll, von der Verschleppung oder Vertuschung dieser Sachen vermuthlich Kenntniß habe, daher die Kläger hätten nachweisen müssen, daß der Verstorbene mehr besaß, als in dem Inventar angeführt erscheint und weil der im Besitze der Beklagten befindliche Vorrath von Exemplaren eines von dem Erblasser verlegten Adressenbuches zu unbedeutend ist, um daraus auf eine Vermögensvertuschung schließen zu können. Die Beklagte hatte in der Einrede gestanden, daß von dem durch den Erblasser verlegten Adressenbuche sich eine größere Menge der Jahrgänge 1863 und 1864 im Vorrathe befand, für deren Rest sie als Maculatur circa 50 fl. gelöst habe, ohne diesen Erlös zum Inventar anzumelden. — Das O. L. G. verurtheilte die B zur Leistung des Eides. — Dagegen ergriff die B die Revisionsbeschwerde, worin sie anführte: Nach dem Hofdcr. vom 16. Dec. 1791, Nr. 227 J. G. S. könne, wenn minderjährige Kinder vorhanden sind, der Offenbarungseid nur dann gefordert werden, wenn a) wahrscheinliche oder glaubwürdige Umstände die Verschleppung eines Vermögens besorgen lassen, und b) der gesetzliche Vertreter dieser Kinder auf die Abschwörung dieses Eides dringt. Hier sei nun auch ein minderjähriges Kind vorhanden, dessen Vormund jedoch auf die Ablegung dieses Eides nicht dringt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das oberlandesgerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen: Nach §. 220 a. G. O. sollen Jene, die von einer besorglichen Vertuschung muthmaßlich Wissenschaft haben dürften, auf Begehren des Klägers alles, was ihnen von diesem Vermögen bekannt ist, angeben und ihre Angaben eidlich bestärken. Die Beklagte, als die Ehefrau des Erblassers ist aber wegen der nahen Beziehung zu demselben ganz gewiß eine Person, die von einer Vertuschung einzelner Vermögensstücke muthmaßlich Wissenschaft haben dürfte, da sie in Gemeinschaft mit dem Erblasser lebte, daher auch bei ihr eine genaue Kenntniß seines Vermögens vorausgesetzt werden kann. Daß im vorliegenden Falle in Bezug auf den Nachlaß des Verstorbenen eine Vertuschung besorglich, d. h. daß hinreichender Grund vorhanden ist, eine solche für geschehen zu halten, kann schon deshalb nicht bezweifelt werden, weil die Beklagte ausdrücklich zugestanden hat,

daß der Erblasser Verleger des Adressenbuches und bei seinem Tode im Besitze nicht unbedeutender Vorräthe dieses Adressenbuches der Jahrgänge 1863 und 1864 gewesen ist, und daß sie diese Vorräthe als Maculatur verkauft und dieselben beziehungsweise den für sie gelösten Betrag bei Aufnahme des Nachlaßinventars verschwiegen hat; denn diese Handlung, beziehungsweise Unterlassung ist eine der Beklagten zur Last liegende Vertuschung und daher vollkommen geeignet, die Besorgniß noch anderweitiger Vertuschung anzuregen. Da nun die Bedingungen des §. 220 a. G. O., um die Beklagte zur Angabe alles dessen, was ihr von dem Vermögen ihres verstorbenen Ehegatten außer den inventirten Nachlaßgegenständen noch bekannt ist und zur eidlichen Bekräftigung ihrer Angabe anzuhalten, den Klägern als Söhnen und erklärten Erben des Verstorbenen wirklich zur Seite stehen, und das Hofdcr. v. 16. December 1791, J. G. S. Nr. 227, auf dieselben, weil sie bereits großjährig sind, keine Anwendung findet, so muß ihrem Klagebegehren stattgegeben werden.

---

## Nr. 4386.

### Anhaltung der Ehegattin zur Rückkehr zu ihrem Gatten: Zuständigkeit des Gerichtes des Wohnortes des Gatten.

**Entsch. v. 25. April 1867, Nr. 3158 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 20. Nov. 1866, Nr. 67290 und des O. L. G. Wien vom 5. Februar 1867, Nr. 1922). G. Z. 1872, Nr. 39.**

A wendete sich an den Gerichtshof erster Instanz seines Wohnortes mit dem Begehren, es möge das Geeignete verfügt werden, daß seine Gattin, die ihn eigenmächtig verließ, zu ihm zurückkehre. — Das L. G. trug nach vorgängiger Vernehmung der Ehegattin derselben auf, in den Wohnsitz ihres Gatten binnen 14 Tagen bei sonstigen Zwangsmaßregeln zurückzukehren. — Auf den Recurs der letzteren bestätigte das O. L. G. die erstgerichtliche Verordnung; weil nach §. 19 J. N. der persönliche Gerichtsstand des Mannes auch für seine nicht gerichtlich geschiedene Gattin gilt, nach §. 92 die Gattin verbunden ist, dem Manne in seinen Wohnsitz zu folgen, und nach §. 93 a. b. G. B. den Ehegatten die eigenmächtige Aufhebung der ehelichen Verbindung nicht gestattet ist.

Dagegen ergriff die Gattin den a. o. Revisionsrecurs, welcher von dem obersten Gerichtshofe mit Bezugnahme auf die §§. 44 und 92 a. b. G. B. verworfen wurde.

---

## Nr. 4387.

### Ehetrennungsklage einer jüdischen Ehegattin: Abweisung a limine.

**Entsch. v. 9. Juli 1867, Nr. 5878 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 2. April 1867, Nr. 16996 und des O. L. G. Wien v. 14. Mai 1870, Nr. 7672). G. Z. 1872, Nr. 39.**

Die auf Ehetrennung lautende Klage der A gegen ihren Ehegatten, beide mosaischer Confession, wurde von der ersten und zweiten Instanz a limine zurückgewiesen, weil die Trennung der Ehe nicht mit wechselseitigem Einverständnisse und mit Nachweisung der hiezu vorgeschriebenen Erfordernisse begehrt wird, außer diesem Falle aber die Trennung nur von dem Manne nach §. 135 a. b. G. B. gefordert werden kann.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Zurückweisung der Klage aus dem nämlichen Grunde.

---

## Nr. 4388.

### Bestreitung einer testamentarisch anerkannten Passivpost durch den Notherben: Vertheilung der Proceßrollen.

**Entsch. v. 2. Oct. 1867, Nr. 8013 (Best. des das Decr. des L. G. Prag v. 4. Mai 1867, Nr. 8799, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 12. Juni 1867, Nr. 15815). G. Z. 1872, Nr. 8.**

Die M hatte in ihrem Testamente ihre drei Kinder zu Erben eingesetzt, die Enkelin A auf den Pflichttheil beschränkt und erklärt, den Ersteren je 10000 fl. schuldig zu sein. Diese 30000 fl. wurden in dem Verlassenschaftsinventar mit der Anmerkung als Passiven eingestellt, daß der Vater und gesetzliche Vertreter der A die Liquidität dieser Forderungen bestreitet. Auch in dem Pflichttheilsausweise wurden dieselben von den Erben aufgenommen. Der gesetzliche Vertreter der A, welchem das Gericht den Pflichttheilsausweis mit dem Auftrage, das Interesse seiner Tochter wahrzunehmen, zustellen ließ, überreichte seine die Anerkennung der besagten Passiven verweigernde Erklärung, worauf ihm von dem Abhandlungsgerichte bedeutet wurde, daß er binnen zwei Monaten die Bestreitungsklage gegen die Erben anzubringen habe, widrigens in die Erledigung des Pflichttheilsausweises ein-, und sohin mit der Abhandlung der Verlassenschaft vorgegangen werden würde. — Das O. L. G. hingegen wies die Erben an, wider die Pflichttheilserbin A die Klage auf Liquidirung der 30000 fl. binnen zwei Monaten einzubringen, widrigens der Pflichttheil ohne Rücksicht auf diese ihre Forderungen berechnet und eingeantwortet werden wird, weil diese Forderungen, nach obiger Anmerkung in dem Inventar, der A gegenüber nicht liquidirt sind, daher

auch in die von den Erben eingebrachte Pflichttheilsnachweisung nicht ohne weiters als liquid einbezogen, und als bestrittene Passiven nicht unbedingt in Anrechnung gebracht werden können, vielmehr nach §. 136 des Patentes vom 9. August 1854, Nr. 208, diese bestrittenen Forderungen, beziehungsweise die Gläubiger, der A gegenüber auf den Rechtsweg zu verweisen sind, und der Umstand, daß diese Verlassenschaftsgläubiger zugleich Testamentserben der M sind, und als solche ihre gegenseitigen Nachlaßforderungen zur Verlassenschaft für liquid anerkannt haben, dem Pflichttheile der Notherbin eben so wenig präjudiciren kann, als das testamentarische Schuldbekenntniß der Erblasserin, weil der Pflichttheil nach §. 786 a. b. G. B. ohne Rücksicht auf die aus dem letzten Willen entspringenden Lasten zu berechnen ist, und nach §. 150 des bezogenen Patentes die Testamentserben zur Ueberreichung des Pflichttheilsausweises, somit auch zum Erweise der darin gemachten Ansätze verpflichtet sind.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung mit Festhaltung der Gründe derselben.

---

## Nr. 4389.

### Incompetenzeinrede: Bitte um Verlegung der Tagfahrt „mit der Wohlthat des ersten Termines“.

Entsch. v. 8. Jänner 1868, Nr. 134 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Krakau v. 3. Mai 1867, Nr. 1231 und des O. L. G. Krakau vom 7. Sept. 1867, Nr. 11581). G. Z. 1873, Nr. 45.

In der mündlich verhandelten Rechtssache des A gegen die Eisenbahngesellschaft B wegen Zahlung von 600 fl., hat der Vertreter der Belangten bei der Tagfahrt vom 7. August 1866 um Erstreckung des Termines zur Einrede mit der Rechtswohlthat des ersten Termines, gegen welches Ansuchen der Kläger gar keinen Widerspruch erhob. Das Gericht überlegte demnach die Tagfahrt, ohne den (aus Versehen ausgelassenen) Beisatz: „mit der Wohlthat des ersten Termines“. Bei der zweiten Tagfahrt erhob die Beklagte die Einwendung der Incompetenz, welche in erster Instanz aus meritorischen Gründen, in zweiter Instanz als verspätet abgewiesen wurde.

Der oberste Gerichtshof verwarf den a. o. Revisionsrecurs der Beklagten, weil, obgleich die Recurrentin um die Erstreckung der Frist mit der Wohlthat des ersten Termines gebeten hatte, die darauf erfolgte richterliche Verfügung ohne Beisatz, sonach ohne den Vorbehalt der Wohlthaten des ersten Termines stattfand, daher die bei dem zweiten Termine vorgebrachte Einwendung des ungehörigen Gerichtsstandes nicht als in der im Hofdcr. vom 7. November 1820, §. 2 J. G. S. Nr. 1714, festgesetzten Frist geltend gemacht angesehen werden kann.

---

## Nr. 4390.

### Unzulässigkeit der Abweisung eines Restitutionsgesuches ohne Anhörung des Gegners: Berücksichtigung dieses Formfehlers durch die Rechtsmittelinstanz nach eingetretener Rechtskraft des Bescheides.

**Entsch. v. 17. März 1868, Nr. 2483 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des B. G. Kindberg v. 28. Dec. 1867, Nr. 2869 und des O. L. G. Graz v. 29. Jänner 1868, Nr. 1016). G. Z. 1872, Nr. 10.**

A hatte die Frist zum Antritt eines Zeugenbeweises und darauf auch jene zur Wiedereinsetzung gegen die erstere Frist versäumt und war mit dem Gesuche um die Restitution gegen die letztere Frist abgewiesen worden. Anstatt gegen den abweisenden Bescheid der ersten Instanz vom 26. November den Recurs zu ergreifen, überreichte er ein Gesuch um Restitution gegen die Beweisantretungsfrist. — Mit diesem Begehren wurde er von beiden Untergerichten abgewiesen, weil A den Bescheid vom 26. November in Rechtskraft treten ließ und mittelst des neuen Restitutionsgesuches eine bereits entschiedene Sache nochmals zur richterlichen Entscheidung bringen will.

Der oberste Gerichtshof verordnete, daß auf das zweite Restitutionsgesuch vorschriftsgemäß das Amt gehandelt werde, mit der Bemerkung, daß die Zurückweisung des zweiten Wiedereinsetzungsgesuches a limine gegen das Gesetz (Hofdcr. vom 30. September 1785, J. G. S. Nr. 475) verstoßt, wonach der Richter erster Instanz kein Restitutionsgesuch, ohne den Gegentheil zu hören, verwerfen darf.

---

## Nr. 4391.

### Einfluß der Wiedereinsetzung gegen ein Contumacialurtheil auf mittlerweile vorgenommene Executionsacte.

**Entsch. v. 26. März 1868, Nr. 2255 (Best. des das Decr. des L. G. Czernowitz v. 19. August 1867, Nr. 15100, abänd. Decr. des O. L. G. Lemberg v. 28. Dec. 1867, Nr. 40359). G. Z. 1872, Nr. 7.**

Nachdem in der Rechtssache der A wider B wegen Theilung einer Liegenschaft der Klägerin auf Grund des ergangenen Contumazurtheiles im executiven Wege ein Theil des streitigen Grundstückes übergeben worden war, wurde dem Beklagten gegen das Urtheil die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bewilligt, auf welche hin derselbe die Zurückstellung des der Klägerin übergebenen Grundantheiles begehrte. — Das Gericht erster Instanz wies ihn ab, weil das Restitutionsurtheil die früheren gesetzlichen Acte und namentlich die ge-

richtliche Uebergabe des Grundstückes nicht null und nichtig mache, sondern dem Beklagten nur die Befugnisse gebe, die Einrede auf die Klage zu erstatten, mit Belassung in statu quo jener gerichtlichen Acte, welche in Folge des Contumazurtheiles auf gesetzlichem Wege vollzogen wurden. — Das O. L. G. hingegen verordnete die Zurückstellung des Grundantheiles an den Beklagten.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das oberlandesgerichtliche Decret, weil durch das Restitutionsurtheil der Rechtsstreit in das Stadium zurückversetzt worden ist, in welchem die Sache vor der Fällung des Contumacialurtheiles war, und das letztere jede Rechtswirkung verloren hat, zumal jetzt, in der Hauptsache jedenfalls, ein neues Urtheil geschöpft werden muß, daher auch die auf Grund des Contumazurtheiles vorgenommenen Acte als nicht zu Recht bestehend betrachtet, sohin rückgängig gemacht werden müssen, ohne Rücksicht auf den §. 497 westg. G. O., in welchem nur die Wirkungen einer erst anhängigen, nicht aber auch jene einer bereits bewilligten Restitution festgestellt wurden.

---

## Nr. 4392.

### Successiver Verkauf derselben Liegenschaft an verschiedene Personen: Sequestration der streitigen Liegenschaft.

Entsch. v. 26. März 1868, Nr. 2947 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Reichenberg v. 21. Dec. 1867, Nr. 11709 und des O. L. G. Prag v. 3. Juli 1868, Nr. 3179). G. Z. 1872, Nr. 8.

Nachdem C seine Liegenschaft erst mündlich dem A und dann durch Urkunde dem B verkauft hatte, belangte ihn A auf Erfüllung des Vertrages und erwirkte die Streitanmerkung bei dem Reale, so daß dem zweiten Käufer B die Einverleibung seines schriftlichen Kaufvertrages nur mit der Verwahrung der Streitanmerkung bewilligt wurde. Darauf belangte A den B wegen Ungiltigkeit des schriftlichen Kaufvertrages und begehrte zugleich die Sequestration der Realität, welche von beiden Untergerichten bewilligt wurde, weil die Sequestration auf Grund der unmittelbar von A gegen den bücherlichen Besitzer B wegen auf Ungiltigkeit seines einverleibten Kaufvertrages angestellter Klage begehrt wird, sonach der Anforderung des §. 292 a. G. O. entsprochen ist und weil, wenn B auch sich darauf stützt, daß die Streitanmerkung für ihn nicht maßgebend ist, da solche nur auf Grund einer auf Erfüllung eines Kaufes, nicht auf Bestreitung des Eigenthumes oder Besitzes gerichteten Klage bewilligt wurde, auf die Beurtheilung der Rechtmäßigkeit derselben gegenwärtig nicht einzugehen ist. — Dagegen ergriff B den a. o. Revisionsrecurs, in welchem er ausführte, daß nach §. 292 a. G. O. die Sequestration nur dann gestattet sei, wenn kein Theil sein Recht zum Besitze sogleich erweisen kann; daß

nun aber erwiesen sei, daß der Vorgänger des Recurrenten, C, dem A gegenüber sich im rechtmäßigen Besitze der Realität befand; daß in Folge des vom Recurrenten mit C abgeschlossenen Kaufvertrages der Besitz des C in demselben Umfange, wie er ihm zustand, auf den Recurrenten überging, daher das Recht desselben zum Besitze der Realität vollkommen erwiesen sei; daß mithin Recurrent gegen die Sequestrationswerbung des A, dessen Rechte vorläufig durch gar nichts begründet sind, zu schützen sei; daß auch schon gegenwärtig die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit der Streitanmerkung in Betracht zu ziehen sei, indem dieselbe ohne nachfolgende Rechtfertigung ohne Wirkung sei, und daß nach den Bestimmungen des §. 322 a. b. G. B. das Besitzrecht einer unbeweglichen in den öffentlichen Büchern eingetragenen Sache, welches nacheinander mehreren Personen überlassen wurde, ausschließlich blos demjenigen zustehe, welcher als Besitzer derselben eingeschrieben ist.

Der oberste Gerichtshof verwarf den a. o. Revisionsrecurs, und bemerkte, daß die gleichförmigen Entscheidungen weder offenbar ungerecht noch nichtig sind und daß dem Recurrenten es nicht gelungen ist, die für dieselben in den beiden unteren Instanzen angeführten Gründe zu widerlegen. Denn, wenn der Recurrent im Revisionsrecurse behauptet, daß nach §. 292 a. G. O. gegen ihn die Sequestration der Realität nicht zu bewilligen sei, weil er sein Recht zum Besitze derselben erwiesen habe, so muß dagegen bemerkt werden, daß durch die gegen ihn von A unter Vertretungsleistung des C angebrachte Klage der Besitz jener Realität jedenfalls streitig wurde, und daß, nachdem A die Anmerkung seiner Klage gegen C auf Erfüllung des abgeschlossenen Kaufvertrages früher, als Recurrent die Einverleibung seines mit C abgeschlossenen Kaufvertrages erwirkt hat, dem Recurrenten die Bewilligung zur Einverleibung mit ausdrücklicher Verwahrung der erwirkten Streitigkeitsanmerkung ertheilt worden ist, und diese Bescheide längst in Rechtskraft erwachsen sind, nicht angenommen werden kann, daß schon zur Zeit das Recht des Recurrenten zum Besitze der Realität unzweifelhaft erwiesen sei.

---

## Nr. 4393.

### Fortbestand der auf Grund des Urtheils erster Instanz vollzogenen Execution zur Sicherstellung nach Erlassung eines Beiurtheiles in den höheren Instanzen.

**Entsch. v. 9. Juli 1868, Nr. 6801 (Best. des Decr. des B. G. der Alt- und Neustadt Prag v. 10. Jänner 1868, Nr. 61737, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 3. März 1868, Nr. 6871). G. Z. 1872, Nr. 9.**

Auf Grund des erstgerichtlichen Endurtheils hatte der siegreiche Kläger A im Appellationszuge nach §. 259 a. G. O. gegen den Be-

klagten B die Pfändung eines Sparcassabuches zur Sicherstellung erwirkt. — Von dem O. L. G. wurde das Urtheil der ersten Instanz abgeändert und durch — in dritter Instanz bestätigtes — Beiurtheil auf einen Sachbefund erkannt. Deshalb begehrte B die Aufhebung der Pfändung, welche in erster Instanz verweigert, von dem O. L. G. hingegen verfügt wurde, weil mit der Abänderung des erstgerichtlichen Urtheils die Grundlage des die Pfändung bewilligenden Bescheides weggefallen ist, übrigens die Motivirung des Gerichtes erster Instanz: „daß das Endurtheil nicht aufgehoben, sondern nur in ein Beweiserkenntniß umgeändert wurde, daher immer noch in der Materie, in seinem Wesen aufrecht bleiben könne“, durch kein Gesetz gerechtfertigt ist, da die Materie des Rechtes selbst nur in der Form existirt, in welcher sie durch den Urtheilsausspruch erkannt wurde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung. Gründe: Wenn gleich das Endurtheil durch die Beiurtheile der zweiten und dritten Instanz abgeändert wurde, ist die Aufhebung der dem A bewilligten Pfändung dadurch nicht begründet, weil diese Interlocute keine Entscheidung in der Sache selbst enthalten und die Fällung der meritorischen Entscheidung bis zur Durchführung des Sachverständigenbeweises hinausschieben, daher nicht gesagt werden kann, daß durch sie der in dem erstgerichtlichen Endurtheil enthaltene, die Sache selbst betreffende unbedingte Spruch als ungerechtfertig bereits anerkannt und die Grundlage der bewilligten, sicherstellungsweisen Pfändung beseitigt sei. Wenn daher selbst in dem Falle meritorischer Abänderung des erstgerichtlichen Urtheiles im Appellationszuge während des gegen das obergerichtliche Erkenntniß in den Gang gekommenen Revisionszuges die auf Grund des erstgerichtlichen Spruches erwirkten mittlerweiligen Vorkehrungen (zur Sicherstellung) nach §. 261 a. G. O. ohne Abänderung zu bleiben haben, so kann die Abänderung derselben um so weniger in dem Falle eintreten, wenn in den höheren Instanzen nur Beiurtheile, nicht meritorische Erkenntnisse geschöpft worden sind.

---

## Nr. 4394.

### Pränotation zur Sicherstellung einer Aerarialforderung.

**Entsch. v. 4. August 1868, Nr. 7682 (theilweise Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 24. April 1868, Nr. 21703 und des O. L. G. Wien v. 3. Juni 1868, Nr. 10264). Jur. Bl. 1873, Nr. 4 *).**

Auf Grund einer Verordnung des k. k. General-Commando zu Wien an die k. k. Genie-Direction daselbst, durch welche constatirt

---

*) Noch praktisch; — §. 38 lit. e des Grundb. G. v. 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95.

wurde, daß das Militärärar gegen B einen Ersatzanspruch von 100210 fl. zu verfolgen habe, dessen Sicherstellung auf den Liegenschaften des B zu erwirken wäre, begehrte die Finanzprocuratur gegen denselben die Pfandrechtspränotation, die von dem obersten Gerichtshofe für obige 100210 fl. in der Erwägung bewilligt wurde, daß durch die im Original beigebrachte Verordnung des General-Commando und die Zuschrift der Genie-Direction die Finanzprocuratur zur Erwirkung von Sicherstellungsmitteln nach Abs. lit. c des Hofd. v. 18. September 1786, J. G. S. Nr. 577, legitimirt ist und daß zu diesen Sicherstellungsmitteln auch die Pfandrechtsvormerkung gehört, weil das citirte Hofdecret außer Verbot, Sequestration und Arrest auch anderweitige Sicherstellungsmittel andeutet, nach der G. O. auch das Pfandrecht von dem Gerichte eingeräumt werden kann, welches sich als ein Mittel zur Erlangung vorläufiger Sicherheit darstellt, weil ferner schon das zur Erläuterung des §. 259 a. G. O. erlassene Hofdcr. v. 18. April 1785, J. G. S. Nr. 409, den im Allgemeinen zuläßigen, provisorischen Sicherstellungsmitteln die Vormerkung auf Immobilien beizählte, die Richtigkeit der obigen Voraussetzung auch darin ihre Bestätigung findet, daß in der westgal. G. O. v. 19. December 1796 im 30. Capitel, §. 395, ausdrücklich auch die Vormerkung auf einem unbeweglichen Gute als mittlerweilige Vorkehrung aufgeführt ist und in dieser Beziehung das System der westgal. von jenem der a. G. O. nicht abweicht, und weil endlich auch nicht das Hofdcr. vom 21. Juli 1797, J. G. S. Nr. 360, auf welches der Revisionsrecurrent sich berufen zu können vermeint, der Vormerkung ein Hinderniß in den Weg stellt, da dasselbe offenbar nur Privatforderungen betrifft und das darin vorkommende Citat: 18. September 1786 sich auf das Hofdcr. Nr. 578 (nicht Nr. 577) der J. G. S. bezieht.

---

## Nr. 4395.

### Unzulässigkeit der Anhaltung eines Miterben zum Manifestationseid über collationspflichtige Gegenstände.

**Entsch. v. 2. Dec. 1868, Nr. 10252 (Best. des das Urth. des B. G. Pergine v. 23. März 1868, Nr. 533, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck vom 2. Juli 1868, Nr. 2081). G. Z. 1872, Nr. 10.**

M verfügte in seinem Testamente, daß seine Töchter B und C die Gegenstände und Beträge, welche er ihnen bei Lebzeiten ausgehändigt hatte, in den Nachlaß einzustellen verpflichtet sind und sie sich dieselben in ihren Erbtheil einrechnen lassen sollen. Der Erbe A belangte nun die B und C auf Leistung des Manifestationseides über die aus dem väterlichen Nachlasse erhaltenen Gegenstände und Werthbeträge. —

Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Klagebegehren in Erwägung, daß die Erfordernisse des §. 293 westg. G. O. hier um so mehr eintreten, als aus dem Inhalte des Testamentes des Erblassers und aus dem Geständnisse der Beklagten hervorgeht, daß dieselben etwas aus dem väterlichen Vermögen erhalten haben und daher zur eidlichen Eingabe des Erhaltenen verpflichtet erscheinen. — Von dem O. L. G. wurde das Begehren abgewiesen, weil der Umstand, daß der Erblasser die Anrechnung im Sinne des §. 790 a. b. G. B. anordnete, noch nicht die Anwendbarkeit der §§. 293 und 294 westg. G. O. rechtfertige, da das gestellte Begehren nicht auf der Kenntniß der Beklagten von einer Vermögensverheimlichung, sondern auf ihrer Verpflichtung zur Anrechnung des Erhaltenen beruht und das a. b. G. B. wohl die Pflicht zur Anrechnung, jedoch nicht jene der Manifestation des Erhaltenen ausspricht, daher der Beweis des einzurechnenden Betrages dem Kläger obliege, indem weder in dem Testamente die Manifestation den Beklagten auferlegt, noch durch andere Beweise dargethan wurde, daß sie diese Verbindlichkeit übernommen haben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz mit Beziehung auf die der Sachlage und dem Gesetze entsprechenden Entscheidungsgründe des O. L. G. und in der Erwägung, daß im Falle einer Erbtheilung, bei mangelndem Einverständnisse der Betheiligten, die Richtigstellung der in den Erbtheil einzurechnenden Gegenstände und ihres Werthes im Streitverfahren nur nach den in den Hauptstücken XII bis XX westg. G. O. enthaltenen Beweisvorschriften erfolgen kann.

---

## Nr. 4396.

### Rechtskraft der Einantwortungsurkunde.

Entsch. v. 19. Februar 1869, Nr. 472 (Best. des das Urth. des B. G. Wodnian v. 2. März 1868, Nr. 1000, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 20. Oct. 1868, Nr. 23432). G. Z. 1872, Nr. 15.

Nachdem auf das Einschreiten des A und B die Verlassenschaft des M abgehandelt, die Einantwortungsurkunde erlassen, den Betheiligten zugestellt und intabulirt worden war, belangte A den B mit der Klage auf Ungiltigerklärung eines, nach seiner Behauptung der Vorschrift des §. 735 a. b. G. B. (Successionsordnung) widerstreitenden Theiles der Einantwortungsurkunde. — Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Klagebehren; das O. L. G. gegen dasselbe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz, in Erwägung, daß, wenn A behauptet, daß die Einantwortungsurkunde, als der Bestimmung des §. 735 a. b. G. B. zuwider,

ungiltig sei, demselben, da er bei der Abhandlung eingeschritten ist und ihm diese Einantwortung auch zugestellt wurde, obgelegen wäre, den angeblich ungiltigen Absatz der Einantwortungsurkunde im Wege des Recurses anzufechten, daß dermal aber, wo diese Einantwortungsurkunde längst in Rechtskraft erwachsen und dem A die Betretung des Rechtsweges darin auch nicht vorbehalten worden ist, eben so wenig aber auch das Gesetz dem Kläger zur Bestreitung dieser Einantwortungsurkunde ein besonderes Klagerecht gewährt, der Kläger nach der Bestimmung des §. 18 des k. Patentes v. 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, nicht mehr berechtigt erscheint, die Giltigkeit der Einantwortungsurkunde mittelst einer Klage zu bestreiten.

---

## Nr. 4397.

## Aufhebung der Löschung des Substitutionsbandes von amtswegen.

**Entsch. v. 26. Juli 1869, Nr. 7710 (Best. des Decr. des O. L. G. Prag v. 10. Mai 1869, Nr. 13736. G. Z. 1872, Nr. 2.**

Die Verlassenschaft des M war nach dessen Testament seinem Sohn A eingeantwortet und die grundbücherliche Anmerkung der von dem Testator für andere — noch minderjährige — Personen — angeordneten fideicommissarischen Substitutionen vollzogen worden, als A unter Darstellung und Bescheinigung von Ereignissen, die nach seiner Ansicht die Erlöschung der Substitutionen herbeiführten, bei der Verlassenschafts- und Substitutionsbehörde um die Bewilligung der grundbücherlichen Löschung der Anmerkung des Substitutionsbandes einschritt, welche von dem Gerichte ertheilt und von der Realinstanz vollzogen wurde. Der Executor des M'schen Testamentes, der von diesen Verfügungen amtlich nicht verständigt worden war, trat dagegen in einer an das Oberlandesgericht gerichteten Syndicatsbeschwerde auf, worin er unter anderem die Bitte stellte, daß die ertheilten Löschungsbewilligungen vernichtigt und das Substitutionsband grundbücherlich wieder angemerkt werde. Auf dieses Begehren verordnete das O. L. G. die Bestellung von Curatoren für die Nacherben (nati und nascituri) und die gerichtliche Verständigung derselben sowie des Testamentsexecutors von den ertheilten Löschungsbewilligungen und von der Vollziehung derselben zur Sicherung der testamentarischen Verfügungen und zur Wahrung der Rechte der Nacherben.

Diese von A mittelst Recurses angefochtene Verordnung wurde von dem obersten Gerichtshofe in der Erwägung bestätigt, daß es eine Obliegenheit der Substitutionsbehörde ist, über die Aufrechterhaltung der Substitution von amtswegen zu wachen, wenn der Nacherbe min-

verjährig ist; in Erwägung, daß diese Amtspflicht in zweiter Linie auch dem Obergerichte obliegt; daß die Auslegung der testamentarischen Substitutionsanordnung des M, welche das Gericht erster Instanz seiner Entscheidung, wodurch die Substitution als erloschen erklärt worden ist, zu Grunde legte, erst dann als maßgebend angesehen werden kann, wenn sie durch das Einverständniß sämmtlicher Interessenten oder durch einen über die divergirenden Erklärungen derselben ergangenen richterlichen Spruch als richtig anerkannt wird, dieser jedoch nur im contradictorischen Verfahren erfolgen kann; daß daher die erstgerichtliche Verfügung ungesetzlich war.

---

## Nr. 4398.

### Urkundliche Grundlage des Executivprocesses: Zusammenhang des beurkundeten Rechtsgeschäftes mit anderen.

**Entsch. v. 28. Juli 1869, Nr. 8450 (Best. des Decr. des H. G. Wien vom 18. Mai 1869, Nr. 52591, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 16. Juni 1869, Nr. 11114). Jur. Bl. 1873, Nr. 20.**

Die mit dem Begehren um Einleitung des Executivprocesses nach §. 298 a. G. O. und Hofdcr. v. 7. Mai 1839, J. G. S. Nr. 358, verbundene Klage des A gegen B pcto. Zahlung von 495 fl. 92 kr. war mit dem eigenhändigen Schreiben des Beklagten instruirt, worin er dem A anzeigte, daß er für ihn 8 Faß Dextrin verkauft, dafür 587 fl. eingehoben habe, hievon 12 fl. als Provision und 49 fl. 8 kr. als Restbetrag aus einem anderen Geschäfte in Abzug bringe, A somit 495 fl. 92 kr. bei ihm gut habe und sofort beheben könne, wenn er diese Schlußrechnung für geordnet erklären und 3 Faß früher für ihn verkauften Dextrins, die nicht nach Muster waren, vertauschen würde. — Das Gericht erster Instanz verweigerte die Einleitung des Executivprocesses, weil der Brief des B nicht dessen unbedingte Anerkennung der Zahlungspflicht enthalte. — Von dem O. L. G. wurde das Executivverfahren eingeleitet und bemerkt, daß das Schreiben des B bezüglich des darin gegen A anerkannten Saldo von 495 fl. 92 kr. der äußeren Form nach als eine gegen B vollen Glauben verdienende Urkunde zu betrachten sei, auf Grund welcher der Executivproceß als zuläßig erscheint, und daß es dem Beklagten zu überlassen sei, in Betreff der von ihm in dem Briefe geforderten Bestätigung (der Schlußrechnung) seine etwaigen Einwendungen auf gesetzlichem Wege anzubringen.

Der oberste Gerichtshof restituirte den erstgerichtlichen Bescheid, weil der Brief kein unbedingtes Zahlungsversprechen enthält, vielmehr einen Zusammenhang des der Klage zum Grunde liegenden Geschäftes mit noch anderen Geschäften erkennen läßt, aus deren Abwickelung erst die Zahlungspflicht des B und deren Umfang sich ergeben soll.

## Nr. 4399.

### Ehescheidung: Bewilligung des abgesonderten Wohnortes trotz Fortsetzung der ehelichen Beiwohnung.

**Entsch. v. 9. Nov. 1869, Nr. 12594 (Best. des das Decr. des K. G. St. Pölten v. 23. August 1869, Nr. 2182, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 15. Sept. 1869, Nr. 18548). G. Z. 1873, Nr. 1.**

Die A überreichte mit der Klage gegen B auf Ehescheidung auch das Gesuch um abgesonderten Wohnort. — In der Erwägung, daß aus den in der Ehescheidungsklage angeführten Umständen nicht entnommen werden kann, daß die Klägerin durch ihren geklagten Gatten an ihrem Leben oder an ihrer Gesundheit gefährdet ist; daß sie selbst zugesteht, nach Ueberreichung der Scheidungsklage mit ihrem Ehegatten den geschlechtlichen Umgang fortgesetzt zu haben und daher im Sinne des §. 96 a. b. G. B. angenommen werden muß, daß die Klägerin durch die Gestattung des Beischlafes die ihr angeblich von ihrem Ehegatten zugefügten Unbilden verziehen und auf ihr Recht zur Scheidungsklage verzichtet habe, hat das Gericht erster Instanz das Gesuch abgewiesen. — Das O. L. G. bewilligte das Gesuch mit dem Auftrage an B, der A den anständigen Unterhalt mit täglich einem Gulden in Monatsraten zu verabreichen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung. Gründe: Aus den Angaben des Geklagten selbst geht hervor, daß die Klägerin sich wiederholt unter Umständen vor ihm flüchtete, welche sie als bei ihm gefährdet anzusehen und ihr den verlangten abgesonderten Wohnort zu bewilligen, hinlänglichen Anhaltspunkt geben. Darin, daß der Geklagte nach dem Ansuchen der Klägerin um Bewilligung eines abgesonderten Wohnortes sie zur Gestattung des Beischlafes zu bringen wußte, liegt noch keine Verzichtleistung auf den abgesonderten Wohnort, da die Ausnahme des eine ungiltige Ehe voraussetzenden §. 96 a. b. G. B. nicht auf den Fall einer noch bestehenden ehelichen Verpflichtung ausgedehnt werden kann und nach §. 110 a. b. G. B. sogar eine wirkliche, jedoch blos factische Wiedervereinigung die gerichtliche Scheidung nicht aufhebt.

---

## Nr. 4400.

### Cautio actoria: Anhaltung zur Leistung derselben trotz erfolgter Gewährung des Armenrechtes.

**Entsch. v. 26. Jänner 1870, Nr. 798 (Best. des Decr. des B. G. Lana vom 30. Nov. 1869, Nr. 5000, Abänd. des Decr. des O. L. G. Innsbruck v. 21. Dec. 1869, Nr. 5451). G. Z. 1872, Nr. 14.**

A, dem auf Grund eines Armuthszeugnisses ein amtlicher Vertreter bestellt worden war, klagte wider B auf Nichtigerklärung einer

executiven Feilbietung. Am Schlusse der Einrede verlangte der Beklagte, daß dem Kläger der Erlag der actorischen Caution oder der Eid, daß er die Caution nicht erlegen könne, auferlegt werde. — Das Gericht erster Instanz hat diesem Begehren stattgegeben, da Kläger nicht kundbar sattsam bemittelt ist, mithin demselben im Sinne des §. 539 westg. G. O. der Cautionserlag oder die Eidesleistung aufgetragen werden müsse. — Das O. L. G. wies das Begehren ab, mit der Motivirung, daß der citirte Paragraph auf jene Fälle, in denen die klagende Partei auf Grund eines legalen Armuthszeugnisses die Aufstellung eines amtlichen Vertreters erwirkte, keine Anwendung haben könne, gleichwie nach dem Hofdcr. v. 19. November 1784, J. G. S. Nr. 367, in Klagerechten, welche Unterthanen unter Vertretung des Fiscalamtes gegen ihre Herrschaft anbrachten, von der Leistung der actorischen Caution keine Rede sein konnte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den Bescheid der ersten Instanz, weil das dem Kläger aus öffentlichen Rücksichten gewährte Armenrecht das dem Belangten in §. 539 westg. G. O. eingeräumte Recht nicht beirren kann, und die ausnahmsweise Verfügung des Hofdcr. vom 19. November 1784, Nr. 367, welche die Vertretung der Unterthanen gegen ihre Herrschaften durch den Fiscus betraf, keine analoge Anwendung auf den vorliegenden Fall hat.

---

## Nr. 4401.

### Execution zur Sicherstellung auf Grund eines durch Klage angefochtenen Schiedsspruches.

**Entsch. v. 2. März 1870, Nr. 2249 (Best. der gleichförmigen Decr. des K. G. Bozen v. 23. Jänner 1869, Nr. 4163 und des O. L. G. Innsbruck vom 27. Jänner 1870, Nr. 464). G. Z. 1873, Nr. 3.**

Nachdem A gegen einen Schiedsspruch wegen Ueberschreitung der Grenzen der Gewalt des Schiedsrichters auf Grund der §§. 362 und 364 westg. G. O. rechtzeitig die Klage auf Ungiltigkeit des Schiedsspruches angestellt hatte, begehrte der Geklagte B, zu dessen Gunsten der Schiedsspruch lautete, auf Grund des §. 339 westg. G. O. beim ordentlichen Richter die Execution zur Sicherstellung der ihm durch Schiedsspruch zuerkannten Geldsumme mittelst Pfändung der Mobilien des A. — Das Gericht erster Instanz bewilligte das Gesuch in der Erwägung, daß der §. 339 westg. G. O. hier seine volle Anwendung finde und Kläger den Bedarf der Sicherstellung gezeigt habe. — Das O. L. G. entschied ebenso.

A ergriff nun den a. o. Revisionsrecurs, worin er Folgendes geltend machte: Die Vorschrift des §. 339 westg. G. O. werde vom

Gesetze ausdrücklich nur auf den Fall des Appellationszuges gegen ein Urtheil beschränkt, denn für den Fall des Revisionszuges gelte sie nach §. 341 ibid. nicht; folglich könnte diese Vorschrift nur als eine Ausnahme von der Regel des §. 396 a westg. G. O. aufgefaßt, und daher nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden. Die gesetzlichen Bestimmungen über Schiedsrichter (§. 359—365) enthalten diese Ausnahme nicht, also finde sie auch auf ein schiedsrichterliches Urtheil keine analoge Anwendung, um so weniger, als zwischen dem Urtheil des Civilrichters und jenem des Schiedsrichters eine Rechtsanalogie nicht bestehe. Das Urtheil des Civilrichters, wovon §. 339 spricht, werde von einer geprüften und beeideten Gerichtsperson, das Laudum des Schiedsrichters aber von einem ungeprüften und beeideten Privaten gefällt; die Sicherstellung während des Appellationszuges entziehe dem Eigenthümer die freie Verfügung mit seiner Sache auf wenige Monate, die Sicherstellung während des Nichtigkeitsprocesses gegen das Laudum möglicherweise auf Jahre; der Appellant fordere vom höheren Richter die Erlassung eines anderen Urtheiles ohne neuen Proceß, der Nichtigkeitskläger beim Laudum fordere aber vom ersten Richter die Einleitung eines neuen Processes und Annullirung des Laudum; dem Obsieger im Civilprocesse endlich werde die Sicherstellung deshalb gewährt, weil er schon einen Spruch für sich hat, folglich alle Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, daß der obere Richter, der über das nämliche Beweismaterial und nach den nämlichen Gesetzen zu erkennen hat, den Spruch des ersten Richters bestätigen werde; allein bei der im ordentlichen Rechtswege zu erörternden Frage, ob der Schiedsrichter die Grenzen seiner Gewalt überschritten habe, hat noch kein Theil einen (giltigen) Spruch für sich, und somit auch kein Theil einen zureichenden Anspruch auf Sicherstellung.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs, weil die Anwendbarkeit des §. 339 westg. G. O. nicht bezweifelt werden kann, indem der Fall der gegen einen schiedsrichterlichen Spruch erhobenen Nullitätsklage jenem der Appellation an einen höheren Richter analog erscheint; und weil Gesuchsteller in seinem Gesuche auf das in der Natur der Sache gegründete Bedürfniß hingewiesen hat, eine unversicherte Forderung von so bedeutendem Betrage sobald als möglich versichert zu sehen, somit in den gleichlautenden Entscheidungen der unteren Instanzen weder eine Gesetzesverletzung noch eine offenbare Ungerechtigkeit wahrgenommen werden kann.

---

## Nr. 4402.

### Gerichtsstand des Wohnortes: Mehrfacher Wohnsitz?

**Entsch. v. 4. April 1870, Nr. 5255 (Best. des das Decr. des L. G. Lemberg v. 4. August 1868, Nr. 33550, abänd. Decr. des O. L. G. Lemberg vom 21. Jänner 1870, Nr. 37219). Jur. Bl. 1873, Nr. 44.**

Die bei dem L. G. in Lemberg als Personalinstanz der B angebrachte Klage des A pcto. Zahlung von 2862 fl. aus dem Rechtsgrunde der Gewährleistung wurde derselben in dem zu einem anderen Gerichtsbezirke gehörenden Chorobrow, wo sie als Grundbesitzerin ansässig ist, zugestellt. Sie wendete die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes ein, welcher Einwendung in erster Instanz aus folgenden Gründen stattgegeben wurde: A klagte bei dem L. G. in Lemberg, weil die B zur Zeit der Klage dort gewohnt habe. Die Beklagte gestand auch, in Lemberg einige Zimmer nebst Stallung gemiethet und bis . . . vorkommenden Falles als Absteigequartier benutzt zu haben; allein sie verwahrte sich dagegen, daß ihr zeitweiliger Aufenthalt in Lemberg und das Halten einer Einkehrwohnung dortselbst als ihr ständiger Wohnort bezeichnet werden könne, da sie Grundeigenthümerin in Chorobrow, dort ihren Wohnsitz habe und ihr die Klage auch dort zugestellt wurde. Auf das erwähnte Zugeständniß der B gründete A eben die Competenz des angerufenen Gerichtes, indem er behauptete, daß das Gesetz keinen Unterschied zwischen einem Absteigequartier und einer anderen Wohnung kenne und den Ort, wo eine ständige Wohnung gehalten wird, als ordentlichen Wohnsitz bezeichne. Nach den Bestimmungen der J. N. verhält sich aber die Sache ganz anders. Denn nach dem §. 16 derselben begründet die Absicht des bleibenden Aufenthaltes den für Personalgerichtsbarkeit maßgebenden ordentlichen Wohnsitz; und eben deshalb statuirt der §. 18 ibid. für Reisende und andere nur vorübergehend an einem Orte sich aufhaltende Personen ausnahmsweise die Competenz des Gerichtes ihres jeweiligen Aufenthaltes nur bezüglich der ebendort übernommenen Verbindlichkeiten, wogegen alle übrigen Angelegenheiten vor das Gericht ihres ordentlichen Wohnsitzes gehören. Diese exceptionelle Zuständigkeit tritt aber für die vorliegende, auf die Gewährleistung gegründete Klage nicht ein und es ist gleichgiltig, ob Jemand zu vorübergehendem Aufenthalt die Wohnung jedesmal — von Fall zu Fall — bezahlt oder ein- für allemal miethet, da nur die Absicht bleibenden Aufenthaltes den ordentlichen Wohnsitz begründet. Nun fehlt hier jeder Anhaltspunkt, woraus die Absicht der B, in Lemberg sich bleibend aufzuhalten oder ansässig zu machen, geschlossen werden könnte.

Von dem obersten Gerichtshofe wurde in Uebereinstimmung mit der zweiten Instanz die Einrede der Incompetenz zurückgewiesen. Nach den Motiven desselben kommt es hier für die Competenz des angerufenen Gerichtes in Lemberg nicht auf den Erweis von Umständen

an, woraus die Absicht der Beklagten, dort bleibend zu wohnen, deutlich hervorginge, da ihre Absicht, sich abwechselnd in Lemberg und in Chorobrow aufzuhalten, nach dem Ergebnisse der Verhandlung feststeht, wobei es auf die zeitliche Begrenzung ihres Aufenthaltes in dem einen und dem anderen Orte nicht ankommen kann, in solchem Falle aber dem Kläger durch §. 17 J. N. die Wahl freigegeben ist, bei dem einen oder dem anderen Gerichte die Klage anzubringen.

## Nr. 4403.

### Zulassung des in der Replik angebotenen Zeugenbeweises statt des in der Klage über dasselbe Thema aufgetragenen Haupteides.

**Entsch. v. 28. April 1870, Nr. 13216 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Krakau v. 7. Sept. 1868, Nr. 14269 und des O. L. G. Krakau vom 27. April 1869, Nr. 20504). G. Z. 1872, Nr. 16. G. H. 1872, S. 201.**

Um die das Fundament seiner Klage gegen B bildenden Thatsachen zu beweisen, hatte A in der Klageschrift nur den Haupteid angeboten, in der Replik aber, ohne vorgängiges Neuerungsverfahren (§. 40 westg. G. O.), einen Zeugenbeweis angetragen, auf welchen, ungeachtet des auf §. 39 ibid. gegründeten Protestes des B gegen die Zulässigkeit dieser Neuerung, von den Gerichten aller drei Instanzen, — von dem obersten Gerichtshofe in der Erwägung erkannt wurde, daß der zu erweisende Thatumstand bereits in der Klage angeführt und hierüber der Beweis durch den Haupteid angeboten worden ist, daher es sich um die Substitution eines anderen Beweismittels an Stelle des Haupteides handelt, welche nach §. 305 westg. G. O. selbst nach geschlossener Streitverhandlung und geschöpftem Urtheile zulässig ist.

## Nr. 4404.

### Erfordernisse eines giltigen Vertrages: Bestimmtheit.

**Entsch. v. 27. Mai 1870, Nr. 14647 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Krakau v. 4. Mai 1869, Nr. 7205 und des O. L. G. Krakau v. 19. August 1869, Nr. 13693). G. Z. 1872, Nr. 17.**

A, welcher die von ihm gepachtete Zuckerfabrik dem B auf ein Jahr verpachtet und von dem 2000 fl. betragenden, vorausgezahlten Pachtschilling dem B später 300 fl. nachgelassen, resp. zurückgezahlt hat, behauptete in der Klage gegen B, daß B in dem von ihnen getroffenen Uebereinkommen sich verpflichtet habe, für den Fall, als er „an der Zuckerfabrik verdienen sollte", die 300 fl. dem A wieder

zu erstatten. Da nun A nach Verlauf des Pachtjahres in Erfahrung gebracht, daß B in diesem Pachtgeschäfte mehrere tausend Gulden verdient habe, belangte er den B auf Rechnungsablage oder im Falle er keine Rechnung legen oder nicht nachweisen würde, daß er nichts verdient habe, auf Zahlung der 300 fl. — Das Gerichte erster Instanz hat das Klagebegehren aus folgenden Gründen abgewiesen: Aus der Verabredung, daß die am Pachtzinse nachgelassenen 300 fl. bei Gewinnsterzielung wieder zurückzuerstatten seien, folgert A die Verpflichtung des B, über alle Einnahmen und Ausgaben der Zuckerfabrik Rechnung zu legen. Allein die Pflicht zur Rechnungslegung gründet sich entweder auf das Gesetz oder auf einen Vertrag. Nun besteht zwischen A und B kein Rechtsverhältniß, aus welchem B gesetzlich zur Rechnungsablage verpflichtet wäre, und ebenso wenig hat er diese Verbindlichkeit durch Vertrag übernommen.

Ebenso entschieden das O. L. G. und der oberste Gerichtshof; der letztere mit nachstehender Begründung: Das Uebereinstimmen des A und B wurde von diesem geleugnet. Allein auch abgesehen von dem Widerspruch des B, kann daraus die geltend gemachte Forderung nicht abgeleitet werden, weil die Bedingung, von welcher die Verbindlichkeit des B zur Wiedererstattung des in Rede stehenden Nachlasses abhängig gemacht worden sein soll, so unbestimmt lautet, daß hinreichender Grund vorhanden ist, zu zweifeln, daß es den Parteien, falls sie wirklich sich auf diese Art gegen einander erklärt haben, damit Ernst war. Es ergibt sich aus der Unbestimmtheit einer so wesentlichen Vertragsbedingung die weitere Erwägung, daß der angeblich wieder zurückzuerstattende Nachlaß von 300 fl. seiner wahren Beschaffenheit nach nur einen Theil des aus diesem Pachtgeschäfte erwarteten reinen Gewinnes vorstellt. A führte aber nicht einmal an, daß die hiefür maßgebende Betragshöhe des letzteren bestimmt worden sei, obschon die Nothwendigkeit einer solchen Bestimmung sich von selbst ergibt und insbesondere dann einleuchten muß, wenn erwogen wird, daß die Annahme, als könne hiebei von der Betragshöhe des aus dem Pachtgeschäfte zu erzielenden Gewinnes ganz abgesehen werden, sich vernünftigerweise nicht rechtfertigen läßt. Angenommen daher, daß der Bestand eines so beschaffenen Uebereinkommens erwiesen werden könnte, so wäre damit für die Entscheidung dieses Rechtsstreites keine rechtliche Grundlage gewonnen, indem dasselbe nach §. 869 a. b. G. B. von keiner Wirkung sein kann. Dieser Auffassung steht die Vorschrift des §. 914 a. b. G. B., wonach ein zweifelhafter Vertrag so erklärt werden soll, daß er keinen Widerspruch enthalte und von Wirkung sei, nicht entgegen; weil im gegebenen Falle, bei nachgewiesener Unbestimmtheit einer wesentlichen Vertragsbestimmung, selbst die Existenz des Vertrages entfällt, und bei dem angeblichen Vertragsabschlusse die Rechnungsablage dem B weder als ein Recht vorbehalten noch zur Pflicht gemacht wurde.

## Nr. 4405.

### Auflösung eines unkündbaren Dienstverhältnisses durch Auflassung des Geschäftes.

**Entsch. v. 27. Mai 1870, Nr. 1948 (Best. des Urth. des B. G. Wieden in Wien v. 6. Dec. 1869, Nr. 23640, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 13. Jänner 1870, Nr. 353). Jur. Bl. 1872, Nr. 4.**

Auf Grund des Vertrages, mit welchem die A von dem B als Geschäftsführerin in seiner Baum- und Schafwollwaarenfabrik am 31. August aufgenommen und (§. 4) festgesetzt wurde, daß, den Fall der Verehelichung der A ausgenommen, kein Theil berechtigt sei, vor Ablauf eines Jahres a dato des 31. August 1869 von dem Vertrag „unter was immer für einer Bedingung" abzugehen, belangte die A den B, welcher schon Mitte October seine Fabrik aufgegeben hatte, um sich dem Mehlhandel zuzuwenden, wegen Zahlung der stipulirten Wochenlöhne von je 5 fl. bis zum 31. August 1870. — Dem in erster Instanz abgewiesenen Klagebegehren wurde von dem O. L. G. auf Grund des §. 919 a. b. G. B. und der obenerwähnten Bestimmung des §. 4 des Vertrages stattgegeben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil in Erwägung, daß B durch das Aufgeben der Fabrik wegen Absatzmangels außer Stand gesetzt ward, die vertragsmäßigen Dienste der A für dieses Geschäft in Anspruch zu nehmen, und daß die Letztere in sein neues Geschäft nicht eingetreten ist; daß, wenn auch B die obige Verpflichtung des §. 4 des Vertrages eingegangen war, doch die Fortsetzung des Dienstverhältnisses von dem Betrieb des Fabriksgeschäftes abhing; daß B wegen des in seiner Person eingetretenen Ereignisses der Auflassung der Fabrik ob Mangels an Absatz von der A nach den §§. 1155 und 1160 a. b. G. B. und §. 51 der Gewerbeordnung vom 20. December 1859, R. G. Bl. Nr. 227, auf Entschädigung, nicht aber auf die fernere Erfüllung des rücksichtlich der A unausführbar gewordenen Dienstvertrages belangt werden könnte, dieser Anspruch jedoch von der A nicht gestellt, noch von ihr das Eintreten eines Schadens und dessen Umfang nachgewiesen worden ist.

---

## Nr. 4406.

### Voraussetzungen des Anspruches auf Rückersatz von Alimenten.

**Entsch. v. 15. Juni 1870, Nr. 1692 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 18. Juni 1869, Nr. 10590 und des O. L. G. Wien vom 10. Nov. 1869, Nr. 18609). Jur. Bl. 1872, Nr 21.**

A belangte den B nach §. 1042 a. b. G. B. auf Ersatz der Kosten des von ihm bestrittenen Unterhaltes der Kinder des Be-

klagten, die bei der von dem Letzteren nicht gerichtlich geschiedenen Ehegattin desselben wohnen, und wurde von dem Gerichte erster Instanz abgewiesen, weil — wie aus der Verhandlung sich ergab — B bestrebt war, selbst die Obsorge über seine Kinder zu erhalten, und der Vater zwar verpflichtet ist, für die Erziehung der Kinder zu sorgen, so lange sie in seiner Obhut sind, allein nicht angehalten werden kann, die Kosten des Unterhaltes derselben demjenigen zu ersetzen, der nicht nur ohne Auftrag, sondern sogar gegen den Willen des Vaters die Alimente bestritten hat. — Das O. L. G. entschied in dem gleichen Sinne mit Bezugnahme auf die vorstehende Begründung, und der oberste Gerichtshof verwarf die dagegen ergriffene Revisionsbeschwerde des Klägers.

---

## Nr. 4407.

### Mandatsverfahren: Sequestration der vertragsmäßig verpfändeten Liegenschaft zur Sicherstellung der eingeklagten Forderung.

**Entsch. v. 27. Sept. 1870, Nr. 11422 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 19. Juli 1870, Nr. 38841 und des O. L. G. Wien v. 10. August 1870, Nr. 15595). G. Z. 1872, Nr. 41.**

Auf Grund des gegen seinen Schuldner B erwirkten Befehles zur Zahlung von 3000 fl., begehrte A die Eintragung des executiven Pfandrechtes an dem schon durch Vertrag ihm verpfändeten Hause des B und die executive Sequestration desselben, welche in erster Instanz, wegen der gegen das Mandat eingebrachten Einwendungen, zur Sicherstellung bewilligt wurde. — Auf den Recurs des B, der die Zulässigkeit der Sequestration bestritt, bestätigte das O. L. G. den erstgerichtlichen Bescheid, weil mit dem vertragsmäßig eingeräumten Pfandrechte an dem Hause auch das Pfandrecht an den Erträgnissen des Hauses eingeräumt erscheint, daher §. 4 der Justiz-Minist.-Verordnung vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, hier keine Anwendung findet.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Revisionsrecurs des Executen in der Erwägung, daß sich das an dem Hause eingeräumte vertragsmäßige Pfandrecht nach §. 437 a. b. G. B. auch auf die nicht abgesonderten oder bezogenen Früchte und Erträgnisse erstreckt, die Sequestration dieser Erträgnisse daher nicht die Erwerbung eines neuen Pfandrechtes, sondern nur die Sicherstellung des bereits erworbenen Pfandrechtes an dem noch nicht abgesonderten oder bezogenen Hauserträgnisse bewirkt, daher es nicht, nach §. 4 der citirten Ministerialverordnung, der Nachweisung der Unzulänglichkeit des bereits bestehenden Pfandes bedurfte.

## Nr. 4408.

## Anerkennung der von einem Minderjährigen contrahirten Schuld nach erreichter Großjährigkeit.

**Plenar-Entsch. v. 7. Oct. 1870, Nr. 9553 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des L. G. Czernowitz v. 27. Dec. 1869, Nr. 23466 und des O. L. G. Lemberg v. 5. April 1870, Nr. 6698). Zeitschrift f. d. Notariat 1872, Nr. 10.**

Beide Untergerichte haben den C, welcher auf Grund eines von der B als Schuldnerin und von ihm als Bürge und Zahler unterschriebenen Schuldscheines pr. 600 fl. mit der B von dem Gläubiger A auf die Zahlung in solidum belangt worden war, von der Zahlungsverbindlichkeit freigesprochen.

Der oberste Gerichtshof verurtheilte auch den C in solidum zur Zahlung gegen den Haupteid des Klägers, daß C nach erreichter Großjährigkeit ihm gegenüber seine Pflicht zur Zahlung der 600 fl. aus dem Schuldscheine anerkannt und ihn gebeten habe, zuzuwarten. Gründe: Zur Entkräftung der Einwendung, daß C, als er den Schuldschein unterschrieb, noch minderjährig gewesen, hat der Kläger angeführt und mit dem Haupteid zu beweisen sich erboten, daß C nach erreichter Großjährigkeit seine Zahlungspflicht gegen ihn wiederholt mündlich anerkannt und ihn um Geduld gebeten habe. Diese Thatsache ist für sich allein geeignet, die Zahlungspflicht des C zu begründen, da die Vertragsverbindlichkeiten des Minderjährigen nicht an und für sich ungiltig sind, sondern nach §. 865 a. b. G. B. durch die nachfolgende Genehmigung des Vertreters um so mehr also durch die Anerkennung des Compaciscenten nach erreichter Großjährigkeit aufrecht erhalten werden können. Dem steht auch der §. 1351 a. b. G. B. nicht entgegen, welcher bestimmt, daß Verbindlichkeiten, die nie zu Recht bestanden, weder übernommen noch bekräftigt werden können, weil dieses Gesetz nicht die Verbindlichkeiten des Bürgen und Zahlers, sondern jene des Hauptverpflichteten zum Gegenstande hat. Es ist somit für die Solidarverpflichtung des Beklagten C die von ihm geleugnete Thatsache der seinerseits nach erreichter Großjährigkeit erklärten Anerkennung der Zahlungspflicht entscheidend, weshalb der dafür angetragene Beweis durch den Haupteid zugelassen werden mußte.

---

## Nr. 4409.

### Umwandlung einer Naturalschuld in eine Geldschuld: Wirkung in Beziehung auf das Pfandrecht.

Entsch. v. 19. Oct. 1870, Nr. 12293 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Saaz v. 30. Mai 1870, Nr. 1974 und des O. L. G. Prag vom 22. Juni 1870, Nr. 21550). Zeitschrift f. d. Notariat 1872, Nr. 24.

Das für C auf der Wirthschaft des D intabulirte Naturalausgedinge wurde von C dem A cedirt und die Wirthschaft überging von D auf den B, welcher von A auf die Leistung des Ausgedinges für 1867—1869 belangt, mit dem Kläger einen gerichtlichen Vergleich schloß, durch welchen der eingeklagte Rückstand des Naturalausgedinges mit dem Geldbetrage von 500 fl. nebst 6% Zinsen seit dem Tage der Klage reluirt wurde. Auf Grund dessen begehrte A gegen B die Intabulation des executiven Pfandrechtes auf der Wirthschaft für die 500 fl. sammt Zinsen in der Rangordnung der ursprünglich für das Naturalausgedinge zu Gunsten des C eingetragenen Hypothek. — Sein Gesuch wurde in allen drei Instanzen abgewiesen, von dem obersten Gerichtshofe mit der Begründung, daß dem C die Intabulation des Pfandrechtes nur für das Naturalausgeding bewilligt und durch den von seinem Cessionär A mit dem gegenwärtigen Eigenthümer der Pfandsache geschlossenen Vergleich auf Reluition des Ausgedingrückstandes der Jahre 1867—1869 in Geld eine Novation der ursprünglichen Forderung hinsichtlich dieses Rückstandes bewirkt worden ist, daher das für die Hauptforderung erworbene Pfandrecht auf die durch die Novation wesentlich geänderte Forderung jenes Ausstandes nicht ausgedehnt werden darf (§. 1378 a. b. G. B.), und zwar um so weniger, als dadurch die unmittelbar auf die ursprüngliche Satzpost folgenden Tabulargläubiger in ihrem Prioritätsrecht verletzt werden könnten.

---

## Nr. 4410.

### Abtretung eines „Nachnahmebetrages".

Entsch. v. 28. Oct. 1870, Nr. 4697 (Abänd. der Urth. des H. G. Wien v. 18. Jänner 1870, Nr. 138586 und des O. L. G. Wien v. 10. März 1870, Nr. 3378). Jur. Bl. 1872, Nr. 8.

Nachdem B — im Juli 1869 — gegen seinen Schuldner C die executive Einantwortung des von D für den Letzteren bei der Südbahn erlegten Nachnahmebetrages von 120 fl. erwirkt hatte, wurde er von A wegen Aufhebung dieses Executionsactes belangt, weil C schon Anfangs Mai 1869 dem Kläger jenen Nachnahmebetrag

an Zahlungsstatt zum Eigenthum abgetreten und die zur Erhebung desselben nöthigen Documente: Das Aufgaberecepisse und den Legitimationsschein, übergeben habe. Der Beklagte widersprach diesen Anführungen und bestritt außerdem die Giltigkeit der angeblichen Cession, weil die Südbahngesellschaft als Cessus davon nicht verständigt wurde und zur Zeit der Cession die Nachnahme noch nicht erlegt worden war. — Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Klagebegehren, wenn A schwört, daß ihm C den Nachnahmebetrag Anfangs Mai 1869 zum Eigenthum abgetreten habe. — Das O. L. G. verwarf ohne Weiteres das Klagebegehren.

Der oberste Gerichtshof erkannte auf den Eid des A, daß C Anfangs Mai 1869 ihm die Nachnahme abgetreten und einen oder einige Tage nachher das Aufgabsrecepisse und den Legitimationsschein übergeben habe. Gründe: A besitzt das Aufgaberecepisse und den Legitimationsschein, d. i. die Documente, gegen deren Beibringung die Nachnahme erhoben werden kann. Wenn dieselbe von C dem A abgetreten wurde, so lag für diesen der Titel zur Erwerbung des Eigenthums der Forderung in dem Cessionsvertrage und die Erwerbung selbst nach §. 427 a. b. G. B. in der Uebergabe jener Urkunden. Daß zur Zeit der Cession die Nachnahme bei der Südbahn noch nicht erlegt war, konnte die Abtretung nicht hindern, weil C sein Recht an dem von D zu erlegenden Betrag auch vor dem Erlage wirksam cediren, und überhaupt schon vorhinein über die noch ausstehende Forderung verfügen konnte. Ebenso wenig war zur Giltigkeit der Cession die Verständigung des Cessus, der Bahngesellschaft, resp. ihres auszahlenden Organes, erforderlich, da die Unterlassung dieser Verständigung nur die im §. 1395 a. b. G. B. bezeichnete Folge gehabt hätte. Um nun den Anspruch auf die Aufhebung der von dem Beklagten B erwirkten executiven Einantwortung der Nachnahme geltend machen zu können, hatte A die vor derselben an ihn erfolgte Abtretung der Nachnahme und Uebergabe der oben erwähnten Documente zu beweisen. Der in erster Instanz zugelassene Haupteid ist daher nicht genügend, da einerseits dieser Eid nur die Abtretung, nicht auch die Uebergabe der Documente enthält und andererseits der Streit, insoferne er sich darum dreht, ob der Nachnahmeschein dem Kläger zum Eigenthum oder — wie aus einem producirten Behelfe gefolgert werden könnte — nur als Pfand oder Depositum übergeben worden sei, durch den Eid in der erstgerichtlichen Fassung nicht entschieden würde. — Die unbedingte Abweisung des Klägers durch das Obergericht aber ist deshalb nicht gerechtfertigt, weil A sowohl die Abtretung der Forderung. wie auch die Zeit der Uebergabe des Nachnahmescheines mit dem Haupteide zu beweisen sich erboten hat. Es mußte daher auf den Haupteid in beiden Richtungen erkannt werden.

## Nr. 4411.

### Verfahren in Bestandstreitsachen: Unzuläſſigkeit der außerordentlichen Revision.

**Entſch. v. 3. Nov. 1870, Nr. 13028. G. H. 1872, S. 407.**

In Erwägung, daß nach den §§. 12 und 15 der Verordnung vom 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213, die Vorſchrift des §. 51 des Hofdcr. v. 24. October 1845, J. G. S. Nr. 906, zufolge welcher Revisionsbeſchwerden gegen gleichförmige Urtheile nicht zuläſſig ſind, auch im Verfahren in Bestandſtreitigkeiten zur Anwendung zu kommen hat, wurde von dem oberſten Gerichtshofe die Revisionsbeſchwerde des von beiden Untergerichten dem Kläger zur Zurückſtellung der Pachtſache wegen aufgehobenen Pachtvertrages condemnirten Beklagten, als unzuläſſig abgewieſen.

---

## Nr. 4412.

### Rückforderung einer wegen ſtrafgerichtlicher Unterſuchung in Verwahrung genommenen Geldſumme: Beweislaſt.

**Entſch. v. 4. Nov. 1870, Nr. 11254 (Beſt. des Urth. des L. G. Krakau v. 19. Mai 1869, Nr. 8680, Abänd. des Urth. des O. L. G. Krakau vom 23. März 1870, Nr. 13628). G. Z. 1872, Nr. 17. G. H. 1872, S. 161.**

Aus Anlaß der Veruntreuung eines namhaften Betrages von Staatsgeldern durch Valerian A wurde auch ſeine Ehegattin Marie A verhaftet und bei ſeiner Mutter Salomea A eine Hausdurchſuchung vorgenommen, wobei 1100 fl. beanſtändet und an das gerichtliche Depositenamt geleitet wurden. Nachdem die Unterſuchung wider Maria A eingeſtellt und Valerian A allein des Verbrechens der Veruntreuung für ſchuldig befunden worden war, belangte Maria A die Finanzprocuratur in Vertretung des Aerars auf Anerkennung des Eigenthums der Summe von 1100 fl. und Ausfolgungsbewilligung. Das Gericht erſter Inſtanz hat das Klagebegehren abgewieſen, weil die angeſtellte Eigenthumsklage an die Erforderniſſe des §. 369 a. b. G. B. gebunden und nicht nachgewieſen iſt, daß der Staatsſchatz die im gerichtlichen Depoſite erlegte Summe von 1100 fl. bereits in ſeiner Macht habe. — Das O. L. G. hat dem Klagebegehren ſtattgegeben in Erwägung, daß Salomea A angab, die Summe von 1100 fl. im Namen der Marie A zu beſitzen, folglich die Letztere gemäß §. 323 a. b. G. B. für ſich die rechtliche Vermuthung eines giltigen Titels, und die Finanzprocuratur nicht nachgewieſen habe, daß dieſe Summe dem Valerian A eigenthümlich gehörte oder aus der Veruntreuung ihren Urſprung nahm.

Der oberste Gerichtshof bestätigt das erstrichterliche Urtheil aus folgenden Gründen: Der Klägerin lag der Beweis ob, daß jene 1100 fl., welche im strafgerichtlichen Wege bei Salomea A aus Anlaß der so bedeutenden Veruntreuung des Valerian A gegen das Aerar beanständet und in die gerichtliche Verwahrung genommen wurden, thatsächlich ihr Eigenthum seien. Dem Aerar hingegen kann keineswegs der Beweis aufgebürdet werden, daß diese Summe von 1100 fl. thatsächlich einen Theil der dem Staate veruntreuten Gelder bilde. Da nach §. 1237 a. b. G. B. im Zweifel, welcher von zwei Eheleuten Eigenthümer sei, die Vermuthung für das Eigenthum des Ehemannes streitet, war es jedenfalls Sache der Klägerin, zu erweisen, daß ihr das Eigenthum an den mit Beschlag belegten Effecten zustehe. Diesen Beweis hat aber die Klägerin nicht geliefert; auch sind diese 1100 fl. nicht ihr, sondern der Salomea A abgenommen worden, weshalb schon in dieser Beziehung ihre Abweisung gerechtfertigt erscheint.

---

## Nr. 4413.

### Concursinstanz: Aufgeben des Wohnsitzes?

**Entsch. v. 16. Nov. 1870, Nr. 13636 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des L. G. Krakau v. 31. Dec. 1869, Nr. 21193 und des O. L. G. Krakau v. 10. August 1870, Nr. 2494). G. Z. 1872, Nr. 18. G. H. 1872, S. 232.**

Dem Gesuche des A um Eröffnung des Concurses über das Vermögen des B wurde von beiden Untergerichten — L. G. und O. L. G. Krakau — wegen Unzuständigkeit nicht stattgegeben, weil nach §. 58 der C. O. vom 25. December 1868 der Concurs bei demjenigen Gerichtshofe zu eröffnen ist, in dessen Sprengel der Gemeinschuldner seinen ordentlichen Wohnsitz hat, und aus den Acten des zwischen A und B schwebenden Processes zu entnehmen ist, daß B laut Eröffnung des B. G. in Gmunden sich in die Schweiz begeben habe.

Der oberste Gerichtshof hat aber die untergerichtlichen Entscheidungen aufgehoben und die meritorische Entscheidung aufgetragen, in Erwägung, daß nach den Acten der erwähnten Streitsache B seinen Wohnort im Sprengel des Krakauer L. G. hatte, daß aus der Zuschrift des B. G. in Gmunden keineswegs hervorgeht, daß B in Wien, Gmunden oder in der Schweiz sich bleibend aufgehalten habe, daher sein ordentlicher Wohnsitz noch immer als im Sprengel des L. G. in Krakau gelegen anzusehen ist.

---

## Nr. 4414.

## Versprechen der Bezahlung einer fremden Wechselschuld: Geltendmachung von Anfechtungsgründen ex persona des Wechselschuldners.

**Entsch. v. 18. Nov. 1870, Nr. 6092 (Best. des das Urth. des L. G. Wien v. 23. Juli 1869, Nr. 37974, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 20. Jänner 1870, Nr. 22095). Jur. Bl. 1872, Nr. 7.**

Die Klage der Firma A gegen B pcto. Zahlung einer Wechselschuld war darauf gegründet, daß B die Zahlung derselben an Stelle des Wechselschuldners (Acceptant) C der Firma angetragen und diese den Antrag angenommen hatte. Der Beklagte wendete ein, daß C bei der Acceptation des Wechsels in einem wesentlichen Irrthum sich befunden habe; er sei nämlich von der irrigen Voraussetzung ausgegangen, zur Zahlung von Steuern, die auf seinem im Executionswege verkauften Hause noch ausstanden, verpflichtet zu sein, während dieselben von der klagenden Firma, die das Haus erstand, in dem Kaufschillingsausweise von dem Meistgebote schon abgerechnet waren. In diesem Irrthum, den die Firma selbst hervorrief, weil sie in dem Briefe vom 4. October 1864 ihm anzeigte, daß sie diese Steuern für ihn bezahlt hätte, habe C zur Deckung derselben den auf die Steuersumme lautenden Wechsel acceptirt. — Das Gericht erster Instanz ließ diese Einwendungen unberücksichtigt und erkannte auf den angetragenen Haupteid zum Beweise der von Seite der Firma rechtzeitig erfolgten Annahme des Zahlungsantrages des Beklagten, die der Letztere geläugnet hatte. In den Motiven wurde gesagt: Das Rechtsgeschäft, bei dessen Eingehung auf Seite eines der Contrahenten ein wesentlicher Irrthum obwaltete, ist nicht an sich, sondern nur relativ nichtig, indem das Gesetz dem Irregeführten das Recht einräumt, es anzufechten. Hier wäre nun C der Irregeführte und zur Anfechtung berechtigt gewesen und es geht nicht an, daß ein Dritter, der Beklagte, der kein Universalsuccessor des C ist, den Irrthum des ursprünglichen Schuldners, der die Anfechtung unterließ, vorschützt, um die Verbindlichkeit von sich abzuwälzen. Dazu kommt, daß der von C acceptirte Wechsel aus dem Jahre 1865 stammt, nachdem der Kaufschillingsausweis schon 1864 dem C zugestellt worden war, der daraus erfahren mußte, daß die Firma die Steuern von dem Meistgebote schon abgerechnet hatte. Wenn also C später dennoch den Wechsel acceptirte, so kann nicht behauptet werden, daß er bezüglich des Rechtsgrundes seiner Verbindlichkeit sich in einem von der Firma hervorgerufenen Irrthum befand. Der Beklagte B kann aber auch nicht einen in ihm selbst entstandenen Irrthum geltend machen, weil nach §. 871 a. b. G. B. der Irrthum eines Contrahenten, wenn für ihn keine Verbindlichkeit entstehen soll, durch falsche Angaben des

anderen Contrahenten hervorgerufen worden sein muß, B aber nicht einmal behauptet hat, daß die Firma sich gegen ihn falscher Angaben bedient habe, um ihn zur Uebernahme der Schuld zu bestimmen.

Der oberste Gerichtshof entschied im Einklange mit dem O. L. G. auf unbedingte Abweisung der Klage. Gründe: Da der Firma die Wechselforderung an den C nicht zustand, so befand sich B, als er demungeachtet die Zahlung versprach, in einem die Hauptsache betreffenden Irrthum, weil es offenbar ist, daß er nur eine wirklich bestehende Schuld des C zu zahlen im Sinne hatte, und es mußte deshalb dieser Irrthum der Firma bewußt sein, daher nach §. 876 a. b. G. B. der Vertrag nicht besteht.

---

## Nr. 4415.

### Besitzstörung durch Besitzeinweisung auf Grund eines Urtheiles?

**Entsch. v. 30. Nov. 1870, Nr. 14039 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Haidenschaft v. 9. Sept. 1870, Nr. 6488 und des O. L. G. Triest v. 30. Sept. 1870, Nr. 5435). G. Z. 1873, Nr. 67.**

C verkaufte im Jahre 1859 dem A und später, im Jahre 1863, dem B eine Liegenschaft, in deren fortgesetzter Benützung er sich auf Grund eines Pachtübereinkommens zu erhalten wußte. Im Jahre 1868 erwirkte B gegen C ein Urtheil auf Ueberlassung jener Liegenschaft und wurde im Wege der Execution durch das Gericht in den physischen Besitz des gedachten Grundstückes eingeführt. A, welcher behauptete, daß er durch den Pächter C in dem Besitze der obigen Liegenschaft sich befinde, trat nun im Besitzstörungswege wider B klagbar auf und begehrte die Erlassung des Interdictes. — Beide Untergerichte wiesen die Klage zurück, indem sie annahmen, daß der Titel und der darauf fußende Besitz des Beklagten den Vorzug verdienten und der factisch bestehende Zustand zu schützen sei.

Der oberste Gerichtshof verwarf den a. o. Revisionsrecurs des A in der Erwägung, daß die Besitzstörungsklage deshalb angestellt wurde, weil der Beklagte auf Grund des wider C erwirkten Urtheiles auf sein Gesuch im Wege der Execution durch das Gericht in den physischen Besitz des streitigen Grundes, welcher mit dem Vertrage vom Jahre 1859 dem Kläger und im Jahre 1863 dem Beklagten von dem früheren Eigenthümer und dermaligen Pächter C verkauft worden war, eingeführt worden ist und nur in Folge dieser Einführung den Besitz ausübt; daß es sich demnach um die Beseitigung einer richterlichen, in volle Rechtskraft erwachsenen Entscheidung und nicht um eine eigenmächtige That des Beklagten handelt; daß daher im gegenwärtigen Falle der Kläger, wenn er sich durch die Executionsführung des B in seinem Besitze beeinträchtigt erachtet, nicht in possessorio summariissimo, sondern nur mit den im Hofdcr. v. 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, angedeuteten Rechtsmitteln vorgehen könnte.

---

## Nr. 4416.

### Vermuthung der Vaterschaft: Berechnung der kritischen Zeit.

**Plenar-Entsch. v. 6. Dec. 1870, Nr. 5306 (Abänd. der Urth. des L. G. Linz v. 16. Dec. 1869, Nr. 10749 und des O. L. G. Wien v. 11. Februar 1870, Nr. 2851). Zeitschr. für das Notariat 1872, Nr. 12.**

In dem Paternitätsprocesse der Mutter und des Vormundes des am 1. August 1864 geborenen A gegen den unehelichen Vater B handelte es sich um die Berechnung der kritischen Zeit des innerhalb derselben von B mit der Mutter des Kindes gepflogenen, durch den Haupteid zu beweisenden Beischlafes, welche Zeit von dem Oberlandesgerichte nach den Kalendermonaten berechnet wurde, so daß B zu schwören hatte, zwischen dem 1. October 1863 und 1. Februar 1864 der Mutter nicht beigewohnt zu haben.

Der oberste Gerichtshof hat die Eidesformel dahin abgeändert, daß der Beischlaf innerhalb des Zeitraumes vom 6. October 1863 bis 1. Februar 1864 nicht gepflogen worden sei. Gründe: Vermöge der Natur der Sache und der Wichtigkeit der in Frage stehenden Personen- und Civilstandsrechte wollte das Gesetz in den §§. 138 und 163 a. b. G. B. nicht einen je nach der längeren oder kürzeren Dauer der Kalendermonate schwankenden Zeitraum aufstellen; es konnte vielmehr, nach dem klaren Geiste der in den citirten Paragraphen enthaltenen Bestimmung, nur die Feststellung eines in allen Fällen gleichmäßig zu berechnenden Zeitraumes im Sinne haben, innerhalb dessen die Möglichkeit der Entwickelung des foetus bis zur Lebensfähigkeit außer dem Mutterleibe vorausgesetzt und die Möglichkeit der Dauer einer Schwangerschaft nach physiologischen Erfahrungen und darauf gegründeten Lehrsätzen zugegeben werden kann, um die Vermuthung der Zeugung in der Ehe oder außer der Ehe, der Ehelichkeit oder Unehelichkeit der Geburt und Abstammung und der Vaterschaft zur Begründung der damit verbundenen Rechte und Pflichten auf diesen Zeitraum zu stützen. Unter dem in den §§. 138 und 163 gebrauchten Ausdrucke „Monat" ist nicht der jeweilige Kalendermonat sondern ein fixer Zeitraum von 30 Tagen zu verstehen, wie er, wen von einem Monate als einem Zeitabschnitte überhaupt, ohne nähe Bezeichnung die Rede ist — gemeinhin, anstatt des astronomisch Monates von 29 Tagen, 12 Stunden, 44 Minuten und $2^{88}$ cunden und anstatt des Kalendermonates von der zwischen 28 31 Tagen wechselnden Länge, angenommen und vorausgesetzt auch in dem §. 902 a. b. G. B. als abstracte Zeitbestimmun rechnet wird, so daß der fragliche Zeitraum von 6 Monaten 180 und jener von 10 Monaten 300 Tagen gleichkommt. Hiernac in dem vorliegenden Falle mit Rücksicht auf den Geburts Kindes, 1. August 1864, die kritische Zeit den Umfang vom tober 1863 bis 1. Februar 1864.

---

## Nr. 4417.

### Einklagung von Alimenten pro praeterito: Einfluß vorübergehender Leistungsunfähigkeit des unehelichen Vaters.

**Entsch. v. 6. Dec. 1870, Nr. 6477 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Linz v. 20. Jänner 1870, Nr. 306 und des O. L. G. Wien v. 24. März 1870, Nr. 5758). Zeitschrift f. d. Notariat 1872, Nr. 3.**

Der Klage der Mutter und des Vormundes der außer der Ehe geborenen A gegen B als den unehelichen Vater 1. wegen Ersatz der von der Mutter seit der Geburt des Kindes bis zum Klagetag bestrittenen Unterhaltungskosten und 2. wegen Zahlung der weiteren Alimente in monatlichen Anticipativraten zu Händen des Vormundes wurde in allen drei Instanzen, — von dem obersten Gerichtshofe mit folgender Begründung stattgegeben: Die nach §. 167 a. b. G. B. vorzüglich dem Vater obliegende Pflicht der Verpflegung des unehelichen Kindes ist in dem Rechtsverhältnisse zwischen dem letzteren und dessen Eltern begründet: nicht die Entstehung des Rechtes des unehelichen Kindes auf die Verpflegung, sondern nur die Geltendmachung der diesem Rechte entsprechenden Verbindlichkeit gegen den Vater ist durch den Vermögensstand des Letzteren bedingt. Der Bestimmung des §. 167 a. b. G. B., wornach, wenn der Vater das Kind zu verpflegen nicht im Stande ist, die Verbindlichkeit dazu auf die Mutter fällt, kann daher nicht der Sinn beigelegt werden, daß bei dem Unvermögen des Vaters, es zu verpflegen, für ihn gar keine Verpflichtung bestehe, oder daß sein Unvermögen die in der Vaterschaft begründete und mit der Geburt des Kindes entstandene Verbindlichkeit wieder aufhebe; jene Bestimmung ist vielmehr ein Ausfluß des im §. 166 ibid. ausgesprochenen Grundsatzes, daß auch das uneheliche Kind berechtigt ist, von den Eltern die angemessene Verpflegung, Erziehung und Versorgung zu fordern, und sie enthält nur die Anwendung dieses Grundsatzes auf den Fall, wenn der zur Verpflegung vorzüglich verbundene Vater seine Pflicht zu erfüllen außer Stand ist. Da nun die Verbindlichkeit des unehelichen Vaters zur Verpflegung des Kindes jederzeit besteht und nur die Geltendmachung des Rechtes auf die Verpflegung gegen ihn zeitweilig gehemmt sein mag, so kann sowohl die uneheliche Mutter, die das Kind wegen der dem Vater nicht möglichen Erfüllung seiner Pflicht verpflegt hat, gegen den letzteren den im §. 1042 a. b. G. B. gegründeten Anspruch auf Ersatz ihres Aufwandes, als auch das Kind selbst, resp. dessen Vormund, den Anspruch auf weitere Verpflegung gegen den Vater erheben, sobald derselbe in die Lage kommt, seine gesetzliche Verbindlichkeit zu erfüllen. Wenn daher der Beklagte B — wie er excipiendo anführte — während der der Klage vorhergegangenen Zeit und insbesondere während seiner Militärdienstzeit außer Stande gewesen ist,

die Verpflegungskosten aus seiner Löhnung zu bestreiten, muß dennoch der erhobene Klageanspruch als zu Recht bestehend angesehen werden, weil aus der Streitverhandlung nicht zu entnehmen ist, daß er auch nicht nach seinen dermaligen Erwerbsverhältnissen im Stande sei, die Pflicht der Verpflegung zu erfüllen.

---

## Nr. 4418.

### Immobilienexecution: Legitimation des Pfandgläubigers zur Anfechtung des an einer ihm vorgehenden Satzpost haftenden Afterpfandrechtes?

**Entsch. v. 6. Dec. 1870, Nr. 10904 (Best. des Urth. des L. G. Lemberg v. 11. Oct. 1869, Nr. 17116, Abänd. des Urth. des O. L. G. Lemberg v. 4. Mai 1870, Nr. 11870). Zeitschrift f. d. Notariat 1872, Nr. 51.**

Auf dem Hause des D ist die Forderung des C pr. 1000 fl., später jene des A pr. 700 fl. intabulirt und vor der letzteren Intabulation der Kirche B für eine Forderung von 1000 fl. gegen C die Pränotation auf der obigen Satzpost desselben bewilligt und justificirt worden. Das Haus des D wurde im Executionswege verkauft und um bei der Vertheilung des unzulänglichen Kaufpreises zum Zug zu kommen, belangte A die Kirche B mit einer Klage, worin er um das Erkenntniß bat, daß das durch die Pränotation der Beklagten auf der Satzpost des C erworbene Pfandrecht derselben an dem Hause nicht mehr zu Recht bestehe und daher zu löschen sei. Der Kläger gründete sein Begehren auf die von ihm behauptete Zahlung der Forderung der Beklagten, welche zwar die Zahlung zum größten Theile (941 fl.) zugestand, allein die Sachlegitimation des Klägers bestritt.

Aus dem letzteren Grunde bestätigte der oberste Gerichtshof das klageabweisende, auf anderen Motiven beruhende Urtheil der ersten Instanz. Die Motivirung des oberstrichterlichen Erkenntnisses lautet: Vor allem ist die Frage nach der bestrittenen Sachlegitimation des A zu entscheiden. Diese muß aber verneinend beantwortet werden. Denn obschon A den Bestand des Pfandrechtes der Kirche B für ihre Forderung von 1000 fl. nur deshalb bestreitet, um bei der Vertheilung des Erlöses aus der Feilbietung des Hauses für seine Forderung das Vorrecht zu gewinnen, so ist doch hier der Umstand zu erwägen, daß er zur Kirche B nicht in dem Verhältnisse steht, in welchem Pfandgläubiger eines und desselben Schuldners zu einander stehen, was nur dann der Fall wäre, wenn er und die Kirche die nämliche Sache zum Pfande hätten. Hier aber hat A für seine Forderung von 700 fl. das Haus der D selbst zur Hypothek, während der Kirche B das

Pfandrecht an der auf jenem Hause pfandrechtlich intabulirten Forderung des C zusteht. Die letztere genießt als Afterpfandgläubigerin nur jenes Vorrecht, welches der Satzforderung des C zukommt; sie kann daher mit den andern Satzgläubigern des D, zu denen sie in keinem directen Verhältnisse steht, in Beziehung auf die Prioritätsfrage gar nicht in Collision gerathen. Ihr Recht steht und fällt mit dem Rechte ihres Schuldners C. Daraus folgt, daß nicht die Kirche B, sondern C derjenige ist, gegen welchen A sein vermeintliches Vorrecht geltend machen müßte. Da er aber gegen C mit der Klage nicht auftrat und die Priorität der Tabularforderung des C nicht bestritt, so kann er dies um so weniger gegen das Afterpfand der Kirche B thun, von welchem sein Vorrecht gar nicht berührt wird. Nur von diesem Gesichtspunkte aus erscheint das erstgerichtliche Urtheil als gesetzlich begründet und mußte daher aufrecht erhalten werden.

---

## Nr. 4419.

### Scheingeschäft: Versprechen einer Entschädigung für den Fall des Rücktrittes vom Eheverlöbniß in Gestalt einer Schenkungsurkunde.

**Entsch. v. 15. Dec. 1870, Nr. 8063 (Best. des Urth. des L. G. Wien v. 25. März 1870, Nr. 7189, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 12. Mai 1870, Nr. 8239). G. Z. 1872, Nr. 41.**

Auf Grund einer von B ausgefertigten und der A eingehändigten Schenkungsurkunde des Inhaltes, daß B einen Betrag von 10.000 fl. der A unwiderruflich schenke und binnen drei Monaten vom Tage der erfolgten Schenkung ihr auszuzahlen sich verpflichte, erhob letztere die Klage auf Zahlung der genannten Summe. Der Geklagte wendete die Unwirksamkeit der Schenkung ein, weil damit bezweckt worden sei, der A für den Fall, als er sein derselben gegebenes Eheversprechen nicht zuhielte, eine Entschädigung zu sichern (§. 45 a. b. G. B.), und berief sich auf das von der A vor dem Strafgerichte, wo gegen sie die Untersuchung wegen Verbrechens der Erpressung stattgefunden hatte, abgelegte Geständniß, daß sie den Geklagten zur Ausstellung der Schenkungsurkunde veranlaßte, um sich eine Bürgschaft für die Erfüllung des ihr gemachten Eheversprechens zu verschaffen. Im Laufe des Civilprocesses wurde auch vom Geklagten behauptet und von der Gegenseite nicht widersprochen, daß der Geklagte zuerst den Entwurf einer Schenkungsurkunde in der Richtung ausfertigte, daß er die Zahlung des Betrages von 10.000 fl. für den Fall versprach, wenn er sein gegebenes Versprechen „seine geliebte Braut A zu ehelichen", zurücknehmen sollte; daß er sich mit ihr zu einem Notar

begab und von diesem die Ausfertigung „eines möglichst unlösbaren“ Eheversprechens auf Grund besagten Entwurfes begehrte und belehrt, daß es nicht angehe, eine rechtsverbindliche Urkunde über die für den Fall der Nichtzuhaltung des Eheversprechens zu leistende Entschädigung auszufertigen, sich zu einem anderen Notar verfügte und durch denselben die der Klage zu Grunde liegende Schenkungsurkunde ausstellen ließ. — Aus diesen Umständen folgerte das Gericht erster Instanz, daß bei Errichtung der eben gedachten Schenkungsurkunde die wahre Absicht der vertragschließenden Theile dahin ging, eine Entschädigungssumme für den Fall festzustellen, als Geklagter das Eheversprechen nicht zuhalten sollte; und da der Vertrag nach seiner wahren Beschaffenheit zu beurtheilen ist (§. 916 a. b. G. B.), nach §. 45 a. b. G. B. aber das vorläufige Versprechen, sich zu ehelichen, keine rechtliche Verbindlichkeit weder zur Schließung der Ehe noch zur Leistung desjenigen, was auf den Fall des Rücktrittes bedungen worden ist, nach sich zieht, erkannte das Gericht auf Abweisung des Klagebegehrens. — In zweiter Instanz wurde dem Klagebegehren aus folgenden Gründen stattgegeben: Es ist weder durch die Ergebnisse der wider die Klägerin geführten strafgerichtlichen Untersuchung, noch auch durch das in dem vorliegenden Civilrechtsstreite gesammelte Materiale der Beweis erbracht oder geboten, daß zwischen den Streittheilen jemals der im §. 45 a. b. G. B. vorgesehene, auf die dereinstige Schließung eines Ehebündnisses abzielende Consensualact zu Stande gekommen sei. Auch die zur Basis der Klage dienende Schenkungsurkunde enthält hierüber kein Wort. Der vorerwähnte frühere Entwurf der Schenkung aber ist nicht entscheidend, da er niemals zur praktischen und rechtlichen Ausführung gedieh. Es ist demnach die Schenkungsurkunde als ein selbstständiger Rechtsact in Erwägung zu nehmen und hiebei von einer etwaigen Beziehung derselben auf ein Eheversprechen des Geklagten völlig abzusehen. Unter diesen Voraussetzungen nun stellt sich das Document vor Allen in formeller Beziehung, d. h. was dessen äußere Solennitäten anbelangt, als ganz unangefochten und daher mit jenen Erfordernissen ausgerüstet dar, welche sowohl nach der a. G. O. als nach dem XVIII. Hauptstücke des II. Theiles des a. b. G. B. zur Validität solcher Urkunden vorgeschrieben sind.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil. Gründe: Daß die 10.000 fl., welche der Geklagte der Klägerin in der Urkunde unwiderruflich zu schenken erklärte, eine Entschädigung der Klägerin für den Fall der Nichterfüllung des Heiratsversprechens sein sollten, ist allerdings in jener Urkunde nicht ausgedrückt; allein da nach §. 916 a. b. G. B. Verträge nach ihrer wahren Beschaffenheit zu beurtheilen sind, so kommt es darauf an, was eigentlich in der Absicht der Contrahenten lag und unter dem Scheine einer einfachen Schenkung wirklich vereinbart wurde. Es liegt in der Natur der

Sache, daß nur die **Thatsachen**, vermöge welcher ein Geschäft von gewisser Art blos zum Scheine geschlossen wurde, einen gerichtsordnungsmäßigen Beweis gestatten und erfordern und daß dann der Richter zu beurtheilen hat, von welcher Beschaffenheit eigentlich nach den erwiesenen Thatsachen das Geschäft wirklich gewesen ist. Im vorliegenden Falle sind es nicht vermuthete, sondern zweifellose und keines weiteren Beweises bedürftige Thatsachen, vermöge welcher die in der Schenkungsurkunde verschriebenen 10.000 fl. nur als eine von der Klägerin bedungene und vom Geklagten ihr zugestandene Sicherstellung für die Zuhaltung des Eheversprechens und als Entschädigung für den Nichtzuhaltungsfall desselben sich darstellen. Die von der A vor dem Strafgerichte gemachten Zugeständnisse, welche jedenfalls nach §. 110 a. G. O. einen weiteren Beweis entbehrlich machen, gestatten keinen Zweifel über die Thatsachen, daß Geklagter der Klägerin wirklich ein Eheversprechen gemacht hatte und daß die Verschreibung von 10.000 fl. nur zu dem eben zuvor angeführten Zwecke gefordert und ausgestellt wurde und es finden diese Geständnisse in dem von dem Geklagten verfaßten Entwurfe der Schenkungsurkunde eine wesentliche Unterstützung. Daß die in diesem Entwurfe deutlich ausgedrückte Bestimmung der 10.000 fl. in die Schenkungsurkunde nicht aufgenommen wurde, ist leicht begreiflich, da durch die Aufnahme die Wirkungslosigkeit der Verschreibung auffällig geworden wäre. Bei dem Vorhandensein des Ungiltigkeitsgrundes des §. 45 a. b. G. B. hat daher der Gerichtshof erster Instanz mit Recht das Klagebegehren abgewiesen.

---

## Nr. 4420.

## Verhältniß der Gerichte zu den Verwaltungsbehörden: Streit über Gemeindegut und Gemeindemitgliedschaft.

**Entsch. v. 28. Dec. 1870, Nr. 15270 (Aufheb. des Decr. v. 27. Mai 1868, Nr. 3956 und des Urth. v. 24. Dec. 1869, Nr. 10061 des B. G. Feistritz). Jur. Bl. 1873, Nr. 26.**

Die Aufforderungsklage des A gegen B war auf seine Anführung gegründet, daß der Beklagte sich des Rechtes gerühmt habe, ihm die Theilnahme an der Benutzung des Grundstückes x zu untersagen, welches Grundstück Gemeindegut der Gemeinde C sei, woran ihm, Kläger, als Mitglied der Gemeinde, wie allen übrigen Gemeindemitgliedern, das Recht der Benutzung zustehe. Die Klage schloß demnach mit der Bitte, daß dem B aufgetragen werde, das angemaßte Verbotsrecht binnen 30 Tagen mittelst Klage auszuführen. Von B wurde die Berühmung eingestanden, allein geleugnet, daß das in Rede stehende Grundstück ein Gemeindegut sei, an dessen Besitz und Genuß

jedes Gemeindeglied theilzunehmen das Recht habe. — Nachdem das Gericht erster Instanz aus meritorischen Gründen auf Abweisung der Klage erkannt hatte, appellirte der Kläger und das O. L. G. legte die Acten dem obersten Gerichtshofe vor zur Entscheidung der ihm als zweifelhaft erscheinenden Competenzfrage.

In Erwägung, daß die Erörterung und Entscheidung der Fragen: ob der Kläger im Sinne des §. 6 der Gemeindeordnung für Krain vom 17. Februar 1866, L. G. Bl. Nr. 2, ein Mitglied der Gemeinde C, und ob das Grundstück x ein Gemeindegut sei, für dessen Benutzung die Bestimmungen der Gemeindeordnung zur Anwendung kommen, zur Competenz der Verwaltungsbehörden gehört, — hat der oberste Gerichtshof, mit Aufhebung des erstgerichtlichen Urtheiles und des vorauf gegangenen Verfahrens, die Zurückstellung der Klage verordnet.

# Verzeichniß

der einschlägigen und citirten Gesetzesstellen.

---

## Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.

### Allgemeines Handelsgesetzbuch vom 17. December 1862.



### Wechselordnung vom 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 251.



### Jurisdictionsnorm vom 20. November 1852, R. G. Bl. Nr. 251.



### Militär-Jurisdictionsnorm vom 20. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 78.



### Allgemeine Gerichtsordnung.

**Concursordnung v. 25. December 1868, R. G. Bl. 1869, Nr. 1.**

## Westgalizische Gerichtsordnung.

### Gesetz über das Ausgleichsverfahren bei Zahlungseinstellungen protokollirter Handels- und Gewerbsleute vom 17. December 1862, R. G. Bl. Nr. 97.



### Gesetz über den summarischen Civilproceß vom 24. October 1845, J. G. S. Nr. 906.



### Gesetz über das Verfahren in possessorio summariissimo vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12.



### Gesetz über das Verfahren in Wechselsachen vom 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 52.



### Gesetz über das Verfahren außer Streitsachen vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208.



